

SERIE   
*Magíster*  
VOLUMEN 225

*La autoría mediata  
por dominio de la  
voluntad en aparatos  
de poder organizados*

*Comisión de la Verdad  
del Ecuador 2010*

---

*Andrés Salazar Arellano*



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador *25 años*



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

La autoría mediata por dominio de la voluntad  
en aparatos de poder organizados

*Comisión de la Verdad del Ecuador 2010*

SERIE   
*Magister*  
VOLUMEN 225

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR  
PROGRAMA ANDINO DE DERECHOS HUMANOS PADH  
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426  
[www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec) • [uasb@uasb.edu.ec](mailto:uasb@uasb.edu.ec)

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL  
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12  
[www.cenlibrosecuador.org](http://www.cenlibrosecuador.org) • [cen@cenlibrosecuador.org](mailto:cen@cenlibrosecuador.org)

Andrés Salazar

**La autoría mediata por dominio de la voluntad  
en aparatos de poder organizados**  
*Comisión de la Verdad del Ecuador 2010*



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador

*25 años*



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

Quito, 2018

**La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados**  
*Comisión de la Verdad del Ecuador 2010*

Andrés Salazar



Primera edición:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador  
Corporación Editora Nacional  
Quito, abril de 2018

Coordinación editorial:

*Quinche Ortiz Crespo*

Armado:

*María Julieta García Fernández*

Impresión:

*Ediciones Fausto Reinoso, Av. Rumipamba E1-35  
y 10 de Agosto, ofic. 103, Quito.*

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:  
978-9978-19-845-2

ISBN Corporación Editora Nacional:  
978-9978-84-994-1

Derechos de autor:  
053411

Tiraje: 300 ejemplares

---

Título original: *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: Estudio de casos investigados por la Comisión de la Verdad del Ecuador*

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal  
Programa de Maestría en Derecho Penal, 2014

Autor: *Andrés Salazar Arellano (correo e.: andress\_sa@hotmail.com)*

Tutor: *Ernesto Albán Gómez*

Código bibliográfico del Centro de Información: *T-1532*

---

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

# Índice

## **Introducción / 9**

### *Capítulo I*

#### **Doctrina / 11**

Personas responsables de las infracciones / 11

### *Capítulo II*

#### **Sistema jurídico ecuatoriano / 55**

La teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados y su compatibilidad con las normas constitucionales de la República del Ecuador / 55

La teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados y su compatibilidad con las normas penales de la legislación ecuatoriana / 57

Violaciones de derechos humanos investigadas por la Comisión de la Verdad del Ecuador 2010 entre los años 1984 y 1988 / 66

### *Capítulo III*

#### **Caso práctico / 81**

Auto de llamamiento a juicio, caso Susana Valeria Cajas Lara y Luis Alberto Vaca Jácome / 79

#### **Conclusiones y recomendaciones / 89**

#### **Bibliografía / 95**

#### **Anexos / 99**



*Para mi esposa Gaby, mis padres y hermanos  
por ser el faro que guía mi camino.*





# Introducción

El presente trabajo no trata de realizar un análisis minucioso sobre todo el estado de la cuestión sobre autoría y participación presente en el desarrollo actual de la dogmática penal; más bien busca brindar una solución lógico-normativa que permita resolver el problema planteado, respondiendo a la pregunta «¿en qué medida la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados resulta aplicable como mecanismo para judicializar los casos investigados por la Comisión de la Verdad del Ecuador?». Por esta razón, la estructura metodológica empleada parte la norma constitucional y sustantiva penal ecuatoriana, con la finalidad de delimitar el campo normativo que permita brindar un tratamiento lógico formal con relación a las normas vigentes; además emplea la dogmática penal como una herramienta complementaria de interpretación normativa.

En relación con lo expuesto, cabe delimitar los cuerpos normativos que van a ser analizados, tomando como base la norma constitucional vigente. El art. 425 de la *Constitución de la República del Ecuador* (en adelante, *CRE*) consagra que el orden normativo jerárquico es el siguiente: «La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias». Por ello, la principal norma jurídica analizada será la *CRE* publicada en el Registro Oficial (RO) 449 del 20 octubre de 2008; los tratados y convenios internacionales vigentes en Ecuador entre 1984-88 y vigentes a la presente fecha; el *Código Penal* (en adelante, *CP*) publicado en el Registro Oficial 147, Suplemento, del 22 de enero de 1971 y sus reformas; y el *Código Orgánico Integral Penal* (en adelante, *COIP*) publicado en el Registro Oficial 180, Suplemento, del 10 de febrero de 2014. El análisis de las normas citadas supra es complementado con jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales y jurisprudencia ecuatoriana.



## CAPÍTULO I

# Doctrina

### PERSONAS RESPONSABLES DE LAS INFRACCIONES

Para realizar un primer acercamiento al tema propuesto es necesario iniciar la discusión con la descripción de los preceptos normativos que permiten sancionar a una o varias personas como responsables de una infracción penal. Al respecto, el *CP* (1971), en el capítulo II: «De las personas responsables de las infracciones», art. 41, manifiesta: «Son responsables de las infracciones los autores, los cómplices y los encubridores». Por su parte, el *COIP* (2014) prescribe, en el capítulo tercero: «Participación», art. 41: «Las personas participan en la infracción como autores o cómplices». Nótese que el *COIP* (2014) elimina como sujeto responsable del delito –realización del acto o participación en su cometimiento– al encubridor, situación que será analizada con más detenimiento posteriormente. Otra circunstancia que merece atención es la complementariedad entre las normas sobre autoría prescritas en ambos códigos y las normas de participación. Al respecto, el *CP* (1971) determina que las personas pueden participar en la infracción en calidad de cómplices (art. 43) y encubridores (art. 44), a quienes se los puede denominar partícipes. Por su parte, el *COIP* (2014) señala como partícipes a los cómplices (art. 43), mientras que suprime la calidad de encubridores.

Con relación a la autoría, el art. 42 del *CP* (1971)<sup>1</sup> no brida luces claras sobre su verdadero significado, ni sobre cuáles fueron los fundamentos

1. «Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción, y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin». Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 42. En adelante se cita este código como *CP* 1971.

mediante los cuales el legislador determinó la forma de responsabilizar a una persona como actora de un acto punible. Esta situación es copiada casi textualmente por la redacción del art. 42 del *COIP* (2014),<sup>2</sup> hecho que permite asimilar lo analizado *infra* para ambos cuerpos normativos. La doctrina ecuatoriana ha sido crítica con respecto a la redacción del art. 42 del *CP* 1971. Como ejemplo de ello, Ernesto Albán Gómez considera que la redacción del art. 42 del *CP* 1971 es desordenada, debido a que, en un mismo artículo y bajo la categoría de autoría, se cataloga a los autores del delito o autores materiales –autores directos–, a los autores intelectuales –autores mediatos– y, además, se realiza una extensión del concepto de autor a los partícipes –instigadores e incluso cooperadores–.<sup>3</sup>

Si se parte del razonamiento expuesto por Ernesto Albán Gómez, se encuentra que, en el *COIP* 2014, el legislador reproduce los mismos criterios que asimilan a la autoría ciertas conductas que, en estricto sentido, no la constituyen. Al respecto, el art. 42 del *COIP* 2014 refiere textualmente: «Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades» (énfasis añadido). Como se puede observar, el legislador ecuatoriano, en el año 2014, al igual que su par del año 1971, no brinda un concepto legislativo de autoría, debido a que se limita a equiparar a la calidad de autor ciertos comportamientos que, en estricto sentido, solo sirven para imponer una pena como consecuencia jurídica posterior, pero que, en la realidad, no permiten determinar el verdadero alcance conceptual de la autoría.

El concepto de autor tiene como finalidad concreta la individualización específica de una o varias personas como responsables de la afectación al bien jurídico, o por otro lado, su puesta en peligro –delitos de peligro– mediante la realización de la conducta –hipótesis– determinada en el tipo penal. Dicha

2. «Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: 1. Autoría directa: a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata. b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo. 2. Autoría mediata: a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión. b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto. c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva. 3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción». Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 42. En adelante, se cita este código como *COIP* 2014.
3. Ernesto Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general*, 10a. ed. (Quito: Edic. Legales, 2009), 249.

individualización permite aplicar la pena prescrita en la norma penal de forma específica a una o varias personas determinadas.

Como se ha manifestado, la ley sustantiva penal ecuatoriana no brinda una definición específica sobre las circunstancias que fueron consideradas por el legislador para delimitar a las personas que han intervenido en el acto delictivo como autores o partícipes. Razón por la cual es necesario señalar los fundamentos doctrinales que permitan entender dicha división y la postura dentro de la teoría jurídico penal en la cual se asienta la norma penal ecuatoriana.

Debido a que el tema que será tratado tiene como punto de partida el derecho penal alemán, la referencia a la legislación del país teutón y a sus normas sustantivas penales es imprescindible. Por ello, el primer acercamiento parte de la norma alemana. Con relación al *Código Penal* alemán, Hans Jescheck y Thomas Weigend<sup>4</sup> indican que el legislador –legislador alemán– parte del presupuesto de que todos los elementos del tipo han sido cometidos por una sola persona, razón por la cual lo cataloga como autor. Su conclusión se fundamenta en la definición de «autor único» constante en el *Código Penal* alemán: «Será castigado como autor quien comete el hecho por sí mismo».<sup>5</sup> Esta concepción de «autor único» ha sido repetida por el legislador ecuatoriano, ya que el *CP* 1971 prescribe: «Se reputan autores los que han perpetrado la infracción»; mientras que el *COIP* 2014 señala: «Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: 1. Autoría directa: a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata». Como indica el autor parafraseado, la concepción de «autor único» tiene un inconveniente, debido a que, la mayor parte de veces, la persona que comete los elementos del tipo no actúa sola, pues ha recibido colaboración de otra u otras personas, situación que obliga al legislador a prescribir en el ordenamiento jurídico una forma racional de determinar la responsabilidad penal para los demás intervinientes.

En este contexto, Jescheck y Weigend concluyen que la teoría de la participación es una parte de la teoría del tipo y señalan como autor –directo– a la persona que realiza todos los elementos del tipo de la acción punible.<sup>6</sup> En lo que se refiere a los demás supuestos –fuera de la autoría única o directa– dentro de los cuales el legislador –alemán– consideró que los actos realizados por personas diferentes al autor único deben tener responsabilidad penal, Jescheck y Weigend manifiestan que se debe tener en cuenta que el concepto de autoría no se encuentra limitado a la autoría única inmediata, sino que se extiende a

4. Hans-Heinrich Jescheck, y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal: Parte general*, 5a. ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete (Granada: Comares, 2002), 692.

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*, 692-3.

los casos en los cuales el autor sirve como instrumento. Por ello, señalan que también es castigado con calidad de autor «quien comete el delito por medio de otro» –autoría mediata–. Indican además que existe la posibilidad de que varias personas concertadas entre sí intervengan en el hecho a título de autor –coautoría–. Mencionan que, si varias personas han intervenido en el mismo hecho como autores de modo recíprocamente independiente, se configura la «autoría accesoria». Con referencia al inductor y al cómplice, concluyen que se encuentran regulados por disposiciones penales especiales. El inductor es «quien dolosamente ha determinado a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso», mientras que el cómplice es «quien dolosamente ha prestado ayuda a otro para la comisión de un hecho antijurídico doloso».<sup>7</sup>

Para la legislación penal ecuatoriana, se pueden aplicar los mismos criterios analizados por Jescheck y Weigend, debido a que, en las normas sustantivas penales, se encuentran criterios similares a los tipificados por el legislador alemán; así:

- a) *CP* 1971, art. 42: 1. Se reputa como autor quien han perpetrado la infracción, los que han determinado la perpetración del delito y lo han efectuado valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin –autor mediato–. 2. Quienes han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción –coautor–. 3. Quienes, aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito –inductor–. Y 4. Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos –cómplice– y
- b) *COIP* 2014, art. 42. 1. Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo –autor directo delitos dolosos de omisión impropia–. 2. Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto, y quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin –autor mediato–. 3. Quienes ejer-

7. *Ibíd.*, 693.

zan un poder de mando en la organización delictiva –autor mediato–. 4. Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción –coautor–. 5. Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión –inductor–. Y 6. Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que, aun sin esos actos, la infracción se habría cometido –cómplice–.

Con la finalidad de imponer una sanción penal a todas las personas que han colaborado, de una u otra forma, o que han participado en la realización del tipo penal, los sistemas jurídicos han diseñado dos formas para tratar los problemas que se derivan de la participación. Al respecto, se han planteado dos teorías: 1. El concepto unitario de autor. La concepción de autor unitario «trata como autor a todo interviniente que ha realizado una prestación causal para la realización del tipo, sin atender cuál es el significado que se atribuye a su colaboración en el marco del suceso global».<sup>8</sup> Sin embargo, esta cuestión «solo adquiere significado para la determinación de la pena y es aquí donde, con independencia de todas las distinciones dogmáticas de la teoría de la participación, debe ser resuelta solo de acuerdo con la culpabilidad individual del codelincuente».<sup>9</sup> Y 2. La distinción entre distintas formas de colaboración. Se diferencia normativamente las formas de autoría y participación al separar a la colaboración entre autoría y participación. Al respecto Jescheck y Weigend señalan que, bajo la denominación de «autoría y participación», el derecho penal vigente normativiza todas las formas de colaboración en la realización e intervención en el cometimiento del delito. Refieren que la autoría y la participación no se encuentran al mismo nivel, debido a que existe una línea que separa el autor, el coautor y el autor mediato, del inductor y del cómplice. Dicha distinción tiene su fundamento en que el coautor y el autor mediato cometen la acción punible en calidad de autores, pues el coautor realiza la acción en colaboración del autor directo, mientras que el autor mediato se vale de otra persona a quien utiliza como instrumento en la realización del delito; por otro lado, el inductor y el cómplice colaboran en el delito realizado por el autor –colaboración en delito ajeno–; por ello, la inducción y la complicidad se adecuan como formas de participación, ya que presuponen siempre la autoría de otro. Señalan que la dependencia en la realización de un delito ajeno –hecho

8. Ibid., 694.

9. Ibid.



principal— por parte del inductor y del cómplice se denomina accesoriedad.<sup>10</sup> Finalmente, los referidos autores concluyen que la inducción y la complicidad están penadas como colaboración dolosa en el delito ajeno.<sup>11</sup>

La legislación penal ecuatoriana —CP 1971 y COIP 2014— sigue la segunda línea y distingue entre las distintas formas de colaboración al igual que el *Código Penal* alemán. Situación que es importante señalar para el futuro desarrollo del presente trabajo, ya que marca un límite normativo insuperable que excluye cualquier posibilidad de aplicar la doctrina del *joint criminal Enterprise*,<sup>12</sup> debido a que la norma sustantiva penal ecuatoriana, no solo diferencia la pena entre autores e intervinientes, sino que los diferencia y califica de forma individual según su función dentro del cometimiento del tipo penal propio o ajeno. La diferencia real se da por cuanto, para aplicar la doctrina de la empresa criminal conjunta —*joint criminal enterprise*— es necesaria la existencia de una intención compartida o un plan común que posibilita la persecución de todos los intervinientes en calidad de autores, sin hacer la distinción entre autor y partícipe que requiere la legislación penal sustantiva ecuatoriana. Por lo tanto, su aplicación directa, dentro del Ecuador se opondría a los art. 41, 42 y 43 del CP 1971 y del COIP 2014; en consecuencia, si una institución jurisprudencial sobre la base de legislación internacional o extranjera contraviene las normas penales internas del Ecuador no es factible su aplicación, por cuanto, al ser producto de la jurisprudencia internacional o la doctrina constituye una fuente jerárquicamente inferior a la norma penal sustantiva interna.<sup>13</sup>

10. «Actualmente es dominante la teoría del favorecimiento (o de la causación) que se orienta a la accesoriedad de la participación. Según ella, el fundamento de la pena de la participación reside en que el partícipe ocasiona una acción típica y antijurídica por medio de la determinación del dolo del hecho o a través del apoyo psíquico o material; es ello lo que determina su propia actuación culpable. De la teoría del favorecimiento se deriva que la voluntad del partícipe debe estar dirigida a la ejecución del hecho principal (RG 15, 315 [316]) y que para este último hay que exigir la presencia de dolo (BGH 9, 370 [382]; de otra opinión con anterioridad BGH 4, 355 [358]). Solo esta teoría es compatible con la ley puesto que deja claro que el partícipe no infringe por sí mismo la norma contenida en el tipo delictivo, sino que su injusto consiste en que interviene en la infracción de la norma del autor. El injusto del hecho del partícipe es dependiente del fundamento y medida del injusto del hecho principal (párr. 26, 27, 28). Acerca de la accesoriedad de la participación ver en detalle *supra* párr. 61 VIL». *Ibid.*, 738.

11. *Ibid.*, 694-5.

12. «[L]a teoría de la empresa criminal conjunta o común (*joint criminal enterprise*) [...] se construye a partir de una intención compartida o un plan común (*shared intent or common purpose*) de los miembros de las empresas». Kai Ambos, «Trasfondos políticos y jurídicos de las sentencia contra el expresidente peruano Alberto Fujimori», en Kai Ambos e Iván Meini, edit., *La autoría mediata* (Lima: Ara, 2010), 74.

13. Ver anexo 1, pregunta h): el interlocutor se refirió a la doctrina de la empresa criminal conjunta como una institución utilizada por la Corte Penal Internacional y las Cortes Internacionales de Ruanda y la antigua Yugoslavia, para responsabilizar a los perpetradores de crímenes en contra de los derechos humanos.

Para la determinación del concepto de autor se debe recurrir a las teorías que, a lo largo del tiempo, han tratado de explicar las circunstancias por las cuales una persona es considerada autor del delito, mismas que se repasan a continuación:

1. *Teoría objetivo-formal*. La teoría objetivo-formal «considera—atendiendo a su núcleo, al margen de sus variantes— autor a aquel que ejecuta por sí mismo total o parcialmente las acciones descritas en los tipos de la parte especial; todos los demás son solo inductores o cómplices».<sup>14</sup> Roxin señala como crítica a la teoría objetivo formal su autodenominación como objetiva sin razón alguna; sin embargo, también manifiesta ciertas fortalezas:

En resumen, hay que señalar: la fortaleza de la teoría objetivo formal reside en que entiende el hecho individual en su totalidad como acción con sentido social, situando a aquel que ejecuta por sí mismo, como autor, en el centro de su consideración. Sus defectos consisten en que, desde su punto de partida, no cabe entender la autoría mediata y en que en el tratamiento de la coautoría se llega a un deshilachamiento (absurdo e insatisfactorio incluso por su resultado) de un proceso unitario de actos individuales sin relación entre sí.<sup>15</sup>

2. *Teorías objetivo-materiales*. Roxin señala que «Bajo esta denominación no solo se reúnen [...] las teorías basadas en las diferencias causales, sino también aquellas otras orientadas en lo material predominantemente a criterios objetivos».<sup>16</sup> A las teorías objetivo-materiales, las divide en: 1. teoría de la necesidad de la aportación causal; 2. teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho; 3. causalidad física y causalidad psíquica, y 4. teoría de la supremacía del autor.<sup>17</sup>
3. *Teorías subjetivas*. Roxin distingue a las teorías subjetivas de las denominadas objetivas, debido a que lo común entre las primeras es «distinguir, en la delimitación entre autoría y participación, no según criterios objetivos situados en el mundo exterior, sino intrapsíquicos, como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes».<sup>18</sup> Diferencia, además, a las teorías subjetivas en dos grupos:
  - a) *Teorías del dolo*. Las teorías del dolo realizan una distinción entre la voluntad del autor y la voluntad del partícipe; por ello «atribuyen al

14. Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7a. ed., trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 2000), 54.

15. *Ibíd.*, 58.

16. *Ibíd.*

17. *Ibíd.*, 58-71.

18. *Ibíd.*, 71.

partícipe, en contraposición al autor, una voluntad dependiente, subordinada; parten de que el partícipe se hace dependiente del autor al dejar la ejecución del hecho al criterio de este».<sup>19</sup>

- b) *Teorías del interés*. La teoría del interés distingue a autores de partícipes en «función del interés en el resultado».<sup>20</sup>
4. *Teorías mixtas*. Según Roxin, las teorías mixtas constituyen una combinación entre las diferentes teorías –objetivas y subjetivas– que, en general, no aportan nada nuevo al tratamiento del problema de la autoría y señala que: «El procedimiento correcto reside más bien en descubrir, a partir de la multiplicidad de la materia jurídica y de los grandes problemas, los puntos de vista unitarios, que en su despliegue, dan lugar seguramente a soluciones diferenciadoras, cuya diversidad no obstante se funde en una unidad consecuente lógica y dogmáticamente».<sup>21</sup>
5. *Teoría del dominio del hecho*. La teoría del dominio del hecho<sup>22</sup> puede considerarse «[u]na variante de la teoría objetiva [...] como una teoría material objetiva».<sup>23</sup> Para entender la teoría del dominio del hecho es necesario remitirse al concepto propuesto por Hans Welzel cuando caracteriza al autor como «[s]eñor del hecho es aquel que lo realiza de forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho».<sup>24</sup> Roxin menciona que, «en 1939, aparece el

19. *Ibíd.*, 72.

20. *Ibíd.*, 75.

21. *Ibíd.*, 79.

22. «[F]ue introducida en Alemania por A. Hegler (1915), propulsada por A. Lobe (1933) y sistematizada por H. Welzel (1939). Para este último expositor –en lo que es acompañado por R. Maurach y C. Roxin–, en la medida en que el autor no reconozca una voluntad que domine la suya, se convierte en dueño el suceso (señor del hecho) que conduce a la realización de tipo, en tanto que el partícipe –al abandonar en el autor la decisión en torno a si el hecho debe llegar a su consumación– carece de tal dominio. El mérito del gran dogmático alemán fue haber logrado articular dicho criterio dentro de su concepción finalista, sobre la base de lo que pudo afirmar: «Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho»; así las cosas, en un homicidio, es evidente que el dominio o el señorío del hecho lo detenta quien dispara sobre su enemigo, no así quien le presta el arma o le informa sobre el sitio donde puede encontrarlo». Fernando Velásquez V., *Derecho penal: Parte general*, 4a. ed. (Bogotá: Comlibros, 2009), 878.

23. Enrique Bacigalupo, *Manual de derecho penal: Parte general* (Bogotá: Temis, 1996), 182.

24. Hans Welzel, *Derecho penal alemán: Parte general*, 11a. ed. alemana, 2a. ed. castellana (Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1976), 145.

concepto de dominio del hecho en Welzel, que enlaza por vez primera la idea de dominio del hecho con la doctrina de la acción, derivando de esta una «autoría final» basada en el criterio del dominio del hecho. «La autoría final es la forma más amplia de dominio del hecho final», dice Welzel».<sup>25</sup>

Roxin propone un concepto abierto<sup>26</sup> de dominio del hecho, debido a que considera que «no va a ser posible una «indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescriptibles» y que no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido».<sup>27</sup> Por ello, la propuesta se centra en la determinación de ciertas condiciones básicas para cada tipo penal, sobre la base de las cuales se fija qué persona tuvo el dominio del hecho, o, en otras palabras, que la persona –autor– es quien controló con su voluntad la realización de los elementos del tipo. En definitiva, para «la teoría del dominio del hecho, autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de ese dominio del hecho».<sup>28</sup>

Roxin señala que, para la adopción del concepto abierto de dominio del hecho, deben concurrir dos «peculiaridades»: 1. «El procedimiento descriptivo como primer elemento del concepto abierto», y 2. «La inclusión de principios regulativos como segundo elemento del concepto abierto».<sup>29</sup> Como procedimiento descriptivo, expresa, que es necesaria una descripción que reemplace una definición exacta o un concepto indeterminado, pues dicha descripción puede acoplarse a los diferentes casos concretos. Por este motivo, Roxin precisa que «cabe hablar aquí

25. Roxin, *Autoría y dominio*, 85.

26. «De todos modos, el dominio del hecho, no es un concepto de límites fijos, sino que solo admite ser descrito. Roxin (Täterschaft, 107 y s.) ha demostrado que el dominio del hecho no puede caracterizarse a través de conceptos totalmente indefinidos, ni tampoco mediante una definición rígida (Ver Bockelmann, 168). El dominio del hecho pertenece, por el contrario, a los «conceptos abiertos» (Roxin, en Täterschaft, 122 y s.) en los que «en lugar de una exacta definición entra en acción la descripción». Un segundo elemento del concepto abierto es el principio regulativo. Este asume su concreta función cuando la descripción es insuficiente por causa de la gran variedad de posibilidades que el hecho ofrece. En estos casos debemos conformarnos con dar una línea directriz con respecto a la cual el juez deberá valorar los casos individuales (ver también Henkel «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulativas Prinzip», en Fest. für Mezger, 1954 249 y s.). Similar es, en verdad, el punto de vista de Schmidhäuser, quien –sin dar cabida a la teoría del dominio del hecho (Strafrecht, 580 y s.)– considera a los criterios diferenciadores de la autoría y la participación como «conceptos empíricos, que solo se aclaran fenomenológicamente, pero que se sustraen propiamente a una definición» (Strafrecht, 500, 575 y s.)». Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, 185-6.

27. Roxin, *Autoría y dominio*, 147.

28. Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, 182.

29. Roxin, *Autoría y dominio*, 146-8.

de un concepto «abierto» en el sentido de que no va a ser posible una «indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindibles» y de que no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido». <sup>30</sup> En cuanto a la inclusión de principios regulativos, Roxin expone:

que el concepto abierto [...] se caracteriza por la descripción, ciertamente, por una parte delimita con precisión los casos típicos en la intervención de varios en el delito, permitiendo así acceder a un enjuiciamiento generalizador, pero, de otro lado, porque, allí donde lo imprescindible de las posibles circunstancias veda cualquier solución generalizadora, mediante el empleo de principios regulativos, deja abiertos para la valoración judicial ciertos huecos. «Regulativo» se entiende aquí como orientativo. <sup>31</sup>

Se puede afirmar que la teoría del dominio del hecho constituye un elemento predominante en el tratamiento de la distinción entre autoría y participación, <sup>32</sup> razón por la cual, para el análisis del tema propuesto, constituye uno de los puntos de partida principales, ya que los art. 42 del CP 1971 y del COIP 2014, normativizan su aplicación al momento de realizar la distinción entre autor <sup>33</sup> y partícipe.

La importancia de la teoría del dominio del hecho radica en su aplicación, en función de que permite una distinción entre autoría única, autoría mediata y coautoría. Por ello Roxin basa su análisis posterior en dicha distinción:

Para penetrar en la materia, escogemos un procedimiento que se apoya en la distinción tan común entre autoría única, autoría mediata y coautoría. En primer lugar, indagamos qué influencia ejerce la medida de realización del tipo de propia mano sobre la autoría (dominio de la acción), después nos preguntamos si (y hasta qué punto) uno puede ser autor sin intervención propia en la ejecu-

30. Ibid., 147.

31. Ibid., 148.

32. Sobre la aplicación de la teoría del dominio del hecho en la doctrina, ver Eugenio Zaffaroni, *Derecho penal: Parte general*, 2a. ed. (Buenos Aires: Ediar, 2002), 508; Velásquez, *Derecho penal*, 453.; Juan Bustos, *Manual de derecho penal: Parte general* (Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1994), 466; Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, 185.; Santiago Mir Puig, *Derecho penal: Parte general*, 7a. ed. (Barcelona: Reppertor, 2005), 372.; Günter Jakobs, *Derecho Penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2a. ed. trad. Joaquín Cuervo Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 1997), 740; Kai Ambos, *La parte general del derecho penal internacional*, trad. Ezequiel Malarino (Montevideo: Duncker-Humboldt / Fundación Konrad Adenauer, 2004), 239.

33. «[A]utor es quien domina el hecho, retiene en sus manos el curso causal, puede decidir sobre el sí y cómo o —más brevemente dicho—, quien puede decidir la configuración central del acontecimiento». Zaffaroni, *Derecho penal*, 605.

ción del hecho, en virtud de su poder de voluntad (dominio de la voluntad), y por último, analizamos en qué medida un interviniente, cuando ni emprende la acción típica ni ejerce poder de voluntad sobre el actuar de los otros, por su sola colaboración con estos puede llegar a ser figura central del suceso (dominio del hecho funcional).<sup>34</sup>

Bacigalupo<sup>35</sup> expone que existen dos clases de circunstancias que «caracterizan a la autoría» y las clasifica en generales y especiales. Se refiere a las generales como:

El elemento general que caracteriza la autoría es el dominio final del hecho. Dominio del hecho tiene quien concretamente dirige la totalidad del suceso hacia un fin determinado. No se trata, en verdad, solamente de la dirección final de la propia acción, que todos, también los partícipes, tienen respecto de su acto. El dominio del hecho depende además de la posición relativa del sujeto concreto respecto de los demás partícipes. Solo en la medida en que el sujeto pueda sobredirigir el suceso total habrá dominio del hecho.<sup>36</sup>

En cuanto a los especiales –delitos especiales o de infracción de deber–, Bacigalupo señala que existen ciertos casos en los que se precisan otros elementos, además del dominio del hecho. El primer caso se refiere a «los delitos en que el tipo requiere un especial elemento subjetivo de lo injusto o de la autoría, como por ejemplo «el ánimo de lucro» en el hurto».<sup>37</sup> El segundo caso se configura en «los delitos especiales, en que el tipo solo puede ser realizado como autor por quien tiene una determinada calificación objetiva (ejemplo: delitos de funcionarios); el solo dominio del hecho será insuficiente para caracterizar al autor».<sup>38</sup> El tercer caso se consuma en «los delitos de propia mano, que pueden considerarse una variedad de los delitos especiales (ver Jescheck y Weigend, 214) se piensa que es preciso para que haya autoría, además de la dirección final del suceso, la «realización corporal de la acción prohibida»»,<sup>39</sup> aunque concluye que, en «consecuencia, no hay razón para considerar estos casos fuera del principio del dominio del hecho (coincide en parte Roxin, 410, aunque proponiendo reglas específicas, 412 y s.)».<sup>40</sup>

34. Roxin, *Autoría y dominio*, 149.

35. Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, 185-6.

36. *Ibíd.*, 185.

37. *Ibíd.*, 186.

38. *Ibíd.*

39. *Ibíd.*, 187.

40. *Ibíd.*

Es preciso indicar que, en ciertas circunstancias, la persona que se va a considerar autor del delito, en función del dominio del hecho, debe dominar la realización misma del tipo penal, en otras palabras, ser el ejecutor material del delito; en dicho supuesto, tiene un dominio de la acción, ya que controla la realización misma del injusto; en otras circunstancias, la persona que va a ser considerada autor del delito deberá tener dominio de la voluntad con respecto al ejecutor material del injusto. Por último, se debe señalar que, dentro del concepto de dominio del hecho, se pueden realizar tres distinciones:

a) dominio de la acción (que consiste en la realización por sí de la acción típica), de un b) dominio de la voluntad (que es propio de la llamada autoría mediata, [...]) y que proviene de la coacción ejercida sobre el autor inmediato, del aprovechamiento del error de este y de la utilización de un aparato organizado de poder) (ver Roxin, 578 y s.; Otto, Grundkurs, 248 y s.). También es posible hablar de un c) dominio funcional del hecho, basado en la división del trabajo y que es fundamento de la coautoría.<sup>41</sup>

Para la mayor parte de la doctrina, la teoría del dominio del hecho es aplicable solo a los delitos de dominio,<sup>42</sup> criterio que se comparte, debido a que, al ser necesario el dominio sobre el elemento volitivo dentro del tipo subjetivo por parte del señor del hecho, se excluye automáticamente a los delitos culposos, dolosos de omisión, de infracción de deber –especiales– y los delitos de propia mano, situación muy importante que será analizada *infra*, debido a que será fundamental determinar si los delitos que surgen de la investigación de la Comisión de la Verdad del Ecuador (en adelante, CVE 2010), constituyen delitos de dominio –delitos comunes–; caso contrario, los criterios de autoría deberán partir de elementos diferentes al solo dominio del hecho.

Dentro de los delitos comunes, el dominio del hecho como determinante de la autoría puede presentarse de tres formas, como señala Díaz y García Conlledo: «Roxin considera que, en los delitos de dominio, este puede presentarse de tres formas: como dominio de la acción en la au-

41. *Ibíd.*, 188.

42. «Hasta tal punto es así que el criterio del dominio del hecho no es un criterio universal, no determina la autoría en cualquier clase de delito. Donde opera el dominio del hecho es únicamente en los denominados «delitos de dominio» –Herrschaftsdelikte–, pero, según la doctrina mayoritaria, no sirve para determinar la autoría en los delitos especiales y en los de omisión, caracterizados por algunos como delitos consistentes en la infracción de un deber –Pflichtdelikte– 145, ni en los de propia mano –Eigenhandigdelikte– 146, ni en los imprudentes –Fahrlässigdelikte– 147». José Hernández, *La autoría mediata en el derecho penal* (Granada: Comares, 1996), 35.

toría inmediata unipersonal; como dominio de la voluntad en la autoría mediata; y como dominio funcional en la coautoría».<sup>43</sup>

Por su parte, la doctrina ecuatoriana acepta como criterio configurador de la autoría a la teoría del dominio del hecho. Teniendo como base la legislación penal ecuatoriana –CP 1971–, Ernesto Albán Gómez, al referirse a la falta de unanimidad de criterios –doctrinarios y legislativos– entre el concepto unitario de autor y la distinción entre las distintas formas de participación, manifiesta que, al realizar la distinción entre autores y partícipes del delito, se debe diferenciar entre la persona o personas que tienen el «dominio del acto típico, antijurídico y culpable» frente al resto de personas que intervienen en el *ínter críminis*, realizando otro tipo de actos.<sup>44</sup>

5.1 *Dominio de la acción*. Para el tratamiento del dominio de la acción, Roxin analiza al autor de los delitos de propia mano, dolosa y libre, y se refiere a que:

quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la «concepción natural de la vida» y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano.<sup>45</sup>

Por ello, en dominio de la acción se configura cuando el sujeto realiza «la acción típica en persona, dolosamente y de modo no coaccionado».<sup>46</sup>

5.2 *Dominio de la voluntad*. El tratamiento específico del dominio de la voluntad se realizará infra.

5.3 *Dominio del hecho funcional*. Roxin basa la denominación de coautor en el dominio del hecho funcional, debido a que considera que, entre el dominio de la acción y el dominio de la voluntad, existe una circunstancia independiente que debe ser tomada en cuenta para determinar responsabilidad de una persona como autor del delito. Dicha circunstancia tiene lugar cuando la persona realiza «los su-

43. Miguel Díaz, *La autoría en derecho penal* (Barcelona: PPU, 1991), 593.

44. Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general*, 245.

45. Roxin, *Autoría y dominio*, 151.

46. Ibíd., 703.



puestos de participación activa en la realización del delito en los que la acción típica la lleva a cabo otro. Aquí cabe distinguir dos grupos de casos: la cooperación en la fase ejecutiva y la cooperación en la fase preparatoria». <sup>47</sup>

Roxin parte de que la coautoría se basa en «la cooperación en la división de trabajo»; <sup>48</sup> por ello, al analizar la cooperación en la fase ejecutiva, señala que «[l]a cooperación puede formar un componente decisivo de la realización del delito». <sup>49</sup> El autor alemán manifiesta que la peculiaridad de la coautoría reside en que cada individuo «domina el acontecer global en cooperación con los demás», situación que excluye la posibilidad de que cada individuo –coautor– tenga el dominio total del hecho por sí solo y, por el contrario, considera que tampoco «ejerce un dominio parcial» del hecho. La solución que plantea Roxin reside en que en el caso del coautor el dominio del hecho –completo– se encuentra en las manos de varias personas –coautores–, de manera que solo se configura si dichas personas actúan conjuntamente, «teniendo así cada uno de ellos en sus manos el dominio del hecho global». <sup>50</sup> El referido autor complementa su postura citando a Welzel: ««Cada uno no es mero autor de una parte» y «la coautoría no es una forma especial de la autoría simple»; más bien, cada uno es «coautor del todo»». <sup>51</sup>

Roxin expone que la coautoría debe ser analizada como dominio del hecho funcional. Para ello, considera que «cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjunto con los otros». <sup>52</sup> Además, indica que:

cabría hablar de dominio del hecho «funcional», esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global. Esta es una forma absolutamente autónoma del dominio del hecho, junto al dominio de la acción, que se basa en el carácter central de la realización del tipo aisladamente considerada, y junto al dominio de la voluntad, que se deriva de la falta de libertad, la ceguera o la fungibilidad del instrumento. [...] Con arreglo a dicha idea, es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado

47. *Ibíd.*, 305.

48. *Ibíd.*, 731.

49. *Ibíd.*, 305.

50. *Ibíd.*, 307-8.

51. *Ibíd.*, 308.

52. *Ibíd.*, 309.

pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido.<sup>53</sup>

Para concluir el análisis del dominio funcional del hecho, expuesto por Roxin, es necesario indicar que el autor alemán expone al dominio funcional del hecho en que fundamenta la coautoría<sup>54</sup> como un concepto abierto.<sup>55</sup>

## DOMINIO DE LA VOLUNTAD

El dominio de la voluntad tiene lugar cuando al sujeto que realiza la acción –autor inmediato– le falta el dominio del hecho, debido a que no depende de su voluntad la realización de los elementos del tipo penal. Esta dependencia debe ser entendida como la falta de decisión para realizar la conducta típica, debido a que la decisión de realizar la conducta no se encuentra en su esfera personal y depende de la influencia de una persona externa –autor mediato–, quien tiene el control sobre la realización o no de la conducta. Por lo dicho, la voluntad del ejecutor está gobernada por otra persona, convirtiéndose el ejecutor en una herramienta en la realización de los elementos del tipo penal. Roxin señala:

Antes de abordar las cuestiones concretas, debemos tener presente que las situaciones que aquí vienen en consideración se distinguen esencialmente desde el punto de vista estructural del «dominio de la acción» tratado más arriba: mientras que allí la realización típica de propia mano fundamenta la autoría, aquí se trata de casos en los que falta precisamente la «acción» ejecutiva del sujeto de atrás y el dominio del hecho solo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de «dominio de la voluntad» en el autor.<sup>56</sup>

Cuando existe dominio de la voluntad, encontramos dos tipos de personas que participan en la realización de los elementos del tipo: 1. autor inmediato, y 2. autor mediato. El segundo tiene el dominio de la voluntad sobre el primero que se convierte en una herramienta ejecutora del segundo, quien es

53. *Ibíd.*, 310-11.

54. Sobre la coautoría, ver Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, 725-35; Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, 197-207; Zaffaroni, *Derecho penal*, 789-90; Díaz, *La autoría en derecho penal*, 651-88; Jakobs, *Derecho penal*, 745-59; Ambos, *La parte general*, 239-40.

55. Roxin, *Autoría y dominio*, 315.

56. *Ibíd.*, 166.

la persona que decide la realización o no de los elementos del tipo. Dentro de los casos de dominio de la voluntad del ejecutor, quien tiene el dominio del hecho se denomina autor mediato, en otras palabras, en estos casos, la persona de detrás –autor mediato– tiene dominio de la voluntad sobre el ejecutor –autor inmediato– y lo utiliza como una herramienta o medio para realizar los elementos del tipo; por ello, a quien tiene dominio del hecho se lo responsabiliza como autor mediato de la infracción. Se pueden señalar cuatro casos de dominio de la voluntad:

- a) *El dominio de la voluntad en virtud de la coacción.* De forma general, el dominio de la voluntad en virtud de la coacción conlleva la determinación de quién tiene el dominio del hecho, cuando el sujeto de atrás –autor mediato– coacciona al ejecutor –autor inmediato– para que realice el acto típico y antijurídico. La distinción aquí planteada reside en determinar si el dominio del hecho se encuentra en el coaccionante o en el coaccionado. Roxin señala que, si «en un estado de necesidad coactivo buscamos la figura central del suceso en forma de acción y la persona que «tiene en sus manos» el curso del hecho, este criterio se ajusta perfectamente al sujeto de detrás»<sup>57</sup>–autor mediato–. Por ello, el autor citado concluye que «[p]uede afirmarse que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho».<sup>58</sup> En virtud de lo manifestado, se puede expresar que, dentro de los casos de dominio de la voluntad en virtud de la coacción, el autor mediato es la persona que domina el hecho; por lo tanto, el autor mediato decide o no la realización del injusto, sin que el autor inmediato –ejecutor– pueda influir en la decisión de realizar o no el injusto ya que su voluntad se encuentra coaccionada. La conclusión final de Roxin señala que «[e]l análisis de todos los supuestos coactivos ha dado lugar a una solución unitaria. Una coacción que presta al sujeto de detrás el dominio de la voluntad, convirtiéndolo en autor mediato, se da siempre que (pero no solo cuando) el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de detrás».<sup>59</sup>
- b) *El dominio de la voluntad en virtud de error.* El dominio de la voluntad en virtud de error se configura cuando el autor inmediato –ejecutor– actúa creyendo que sus actos configuran una acción lícita que no contraviene las normas penales, situación que es controlada por el autor mediato que conoce la ilicitud de los actos y su real alcance, escenario que convierte

57. Ibid., 167.

58. Ibid.

59. Ibid., 193.

al ejecutor –autor inmediato– en una herramienta en la ejecución de los actos planificados y realizados por el autor mediato. El dominio de la voluntad en virtud de error se aparta de las teorías del error, por cuanto el ejecutor constituye un medio en el cometimiento del injusto, debido a que, el conocimiento de los elementos del tipo penal –error de tipo– y de la antijuridicidad de la conducta –error de prohibición– se encuentran en el autor mediato, que finalmente es quien tiene el dominio del hecho sobre la realización del injusto.

Para Roxin, el domino de la voluntad en virtud del error se resume en cuatro principios:

1. Mientras que, en los casos de coacción, la autoría mediata del sujeto de detrás se basa en el dominio (orientado al principio de responsabilidad) de las decisiones volitivas del ejecutor directo, aquí importa la supradeterminación que confiere sentido libremente elegido por el ejecutor.
  2. La posibilidad de supradeterminación configuradora se basa en el carácter gradual del dominio del hecho, articulándose (en función del conocimiento de las circunstancias fácticas, de la antijuridicidad material, de los elementos de la reprochabilidad y del sentido concreto de la acción), en cuatro grados, de los cuales el superior respectivo confiere al sujeto de detrás el domino del hecho sobre el ejecutor directo.
  3. El dominio por parte del sujeto de detrás se explica por las circunstancias de que en virtud de su saber más amplio capta con más profundidad el significado social del suceso y consiguientemente es capaz de configurar él solo el sentido del suceso de la acción, dependiendo de la medida de su conocimiento trascendente, pues el ejecutor directo no puede oponer su libre voluntad inhibidora y autónoma a lo que no es accesible para su entendimiento.
  4. La solución a la que así se llega es independiente de las distintas teorías sobre error y de las controversias relativas a la ubicación sistemática del concepto de dolo y al alcance de su contenido.<sup>60</sup>
- c) *El dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y jóvenes.*  
De forma general, el dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y jóvenes se refiere a los casos cuando el ejecutor –autor inmediato– es un inimputable o un joven, situación en la cual, en rasgos muy generales, el inimputable o niño, niña o adolescente –denominación en la legislación ecuatoriana– carece de responsabilidad penal por cuanto es una herramienta en la ejecución del injusto, debido a que quien controla la voluntad de realización del acto delictivo es el autor mediato, persona que tiene el domino del hecho. Roxin considera que, para resolver el dominio del hecho en la utilización de un inimputable, niño, niña

o adolescente, se debe recurrir a los mismos criterios utilizados para la coacción y el error; así señala: «[E]l dominio de la voluntad del sujeto de detrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de la voluntad del ejecutor directo o en que (como en los casos de error) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido».<sup>61</sup>

- d) *Dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas.* Se analiza detenidamente *infra*.

## DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS DE PODER ORGANIZADAS

Para explicar su postura sobre el dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas, Roxin señala que el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás tradicionalmente se basó en dos consideraciones: 1. la coacción, y 2. el error del ejecutor, consideraciones dentro de las cuales se reducían todos los casos concretos de dominio de la voluntad que hasta ese momento (1963) habían sido planteados. Roxin partió de otra consideración que abarca una conducta donde, a su juicio, existe dominio de la voluntad – dominio mediato del hecho –, que según sus palabras, no había sido planteada por la jurisprudencia ni por la doctrina. A dicha manifestación la denominó: «[E]l dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas».<sup>62</sup> El tratadista alemán tomó como punto de partida los casos de la posguerra –Segunda Guerra Mundial– en los cuales se evidenció «que el sujeto de detrás tiene a su disposición una «maquinaria» (casi siempre organizada estatutalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor»,<sup>63</sup> en especial los procesos judiciales contra Eichmann y Staschynski.<sup>64</sup>

61. *Ibid.*, 269.

62. *Ibid.*, 269-70.

63. *Ibid.*, 270.

64. «Dos célebres sentencias fueron las que impulsaron en Alemania el debate doctrinal y jurisprudencial, que llega hasta nuestros días, en torno a la atribución de responsabilidad en el ámbito de las organizaciones que operan a través de aparatos de poder. Nos referimos al «caso Staschynskij» y al «proceso contra Eichmann». La polémica desencadenada en su día en torno a estos dos casos continúa abierta en Alemania; si bien, concretada más recientemente en la sentencia del BGH de 26-7-1994 (BGHSt 40, 218 –«caso de los disparos en el muro»–). La importancia que estas sentencias han llegado a adquirir en la discusión dogmática nos obliga a tenerlas presente a lo largo de esta exposición. En el «caso Staschynskij» se juzga la conducta del agente Staschynskij, consistente en matar con una pistola de veneno a dos

Dentro de su planteamiento, Roxin marcó una limitación importante al momento de diferenciar el tratamiento en temas de autoría y participación, entre los crímenes de Estado y los delitos individuales, evidenciando la insuficiencia argumentativa y lógica al calificar las conductas llevadas a cabo por estructuras estatales bajo los mismos criterios de autoría y participación que las conductas llevadas a cabo por particulares. Así señaló que:

somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como las que aquí se analizan no pueden aprenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual. Donde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global. Pero ello no nos exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva de la dogmática del delito individual, con arreglo a cuyos presupuestos los juzgan nuestros tribunales.<sup>65</sup>

La postura de Roxin parte de la exclusión de los criterios de dominio de la voluntad por coacción y por error analizados supra, como criterios de determinación del dominio de la voluntad por parte del autor mediato, debido a que considera que:

Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona «automáticamente», sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente, el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizada aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos

dirigentes políticos refugiados en Múnich por encargo detallado del servicio secreto soviético. A pesar de haber llevado a cabo el hecho de propia mano, el procesado no fue condenado como autor, sino como cómplice de asesinato. [...] En el «caso Eichmann», se hace referencia al proceso seguido en Jerusalén contra Adolf Eichmann en 1961, por ordenar el exterminio de judíos en el campo de concentración de Auschwitz durante la Segunda Guerra Mundial. Eichman era el director del Departamento Central para la Emigración Judía. La tarea de este Departamento consistía en localizar a los judíos esparcidos por la Europa ocupada, detenerlos y transportarlos a los campos de concentración para acabar en las cámaras de gas. Como mando intermedio, la posición de Eichman dentro del aparato estatal le otorgaba poder de decisión sobre el destino de cientos de personas». En Carolina Bolea, *Autoría mediata en derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 340-41.

65. Roxin, *Autoría y dominio*, 270.

elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global.

El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor. La estructura de esta forma de dominio y su relación con la otras dos formas básicas de dominio de la voluntad cabe incluso anticiparla, llevando a cabo una abstracción en tipos ideales a partir de la pluralidad de los sucesos reales. Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervención directa, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizarse como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiabile a voluntad.

En este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque, desde su atalaya, el agente no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje – sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.<sup>66</sup>

El dominio de la organización expuesto por Roxin<sup>67</sup> en 1963 partía de la consecución de tres requisitos indispensables: 1. poder de mando; 2. la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, y 3. la fungibilidad del ejecutor inmediato. Pero dichos elementos se han ido refinando con el paso de los años, razón por la cual, en la actualidad –desde el año 2006– confluyen los siguientes elementos:

66. Ibid., 272-3.

67. «Roxin elaboró la tesis de que existe otra forma de autoría donde el dominio del hecho se da por fuerza de un aparato organizado de poder, sosteniéndose que los conceptos usuales no son aplicables cuando se trata de crímenes de estado, de guerra y organización, en que el determinador y el determinado y el determinando cometen el mismo delito, siendo decisivo el carácter fungible del último, que puede ser cambiado a voluntad como si se tratase de un artefacto mecánico. La regla que establece que un sujeto que se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida tiene menor dominio del hecho, en los casos de aparatos organizados de poder sufre una inversión, pues cuanto más alejado el ejecutor está de las víctimas más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder, lo que le proporciona mayor dominio del hecho. Se trata de situaciones excepcionales donde el estado de terror configura toda la organización de poder punitivo nacional». Eugenio Zaffaroni, *Manual de derecho penal: Parte general*, 2a. ed. (Buenos Aires: Ediar, 2005), 611.

### 1. *Poder de mando [Anordnungsgewalt]*

Autor mediato solo puede ser quien dentro de una organización rígidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo. El comandante de un campo de concentración nazi era, por tanto, autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque él mismo actuara por indicación de cargos superiores. De ahí que puedan encontrarse en los distintos niveles de la jerarquía de mando varios autores mediatos en cadena. Por el contrario, el personal de servicio en un Campo de Concentración semejante solo puede ser castigado por complicidad [*Beihilfe*] si de verdad ha promovido conscientemente los delitos mediante cualesquiera acciones, pero no ha ordenado personalmente homicidios y tampoco ha cooperado en su ejecución.<sup>68</sup>

### 2. *La desvinculación del ordenamiento jurídico [Rechtsgelöstheit] del aparato de poder*

En primer lugar, el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del Derecho, no en toda relación, sino solo en el marco de los tipos penales realizados por él [...]. El sistema (o sea, el sistema parcial de un Estado) tiene, por tanto, que trabajar delictivamente como un todo («desvinculado del Derecho») [*rechtsgelöst*] si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás.<sup>69</sup>

### 3. *La fungibilidad del ejecutor inmediato*

También la fungibilidad, esto es, la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo, fue siempre para mí una característica esencial del dominio de la organización. La ejecución de órdenes del hombre de atrás —esta era mi tesis— se asegura, en gran parte, precisamente porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, de modo que la negativa u otro fallo de un individuo no puede impedir la realización del tipo. También este criterio ha comenzado a ser criticado en la discusión más reciente. Trato, en lo que sigue, las tres objeciones más importantes.<sup>70</sup>

### 4. *La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor*

La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor. Con los criterios del poder de mando, la desvinculación al Derecho y la fungibi-

68. Claus Roxin, «El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata», *Revista de Estudios Jurídicos* (Facultad de Derecho Universidad de Chile), 7 (2006): 16.

69. *Ibid.*, 16-7.

70. *Ibid.*, 17-9.



lidad tampoco se han designado todavía exhaustivamente –de modo distinto a como originalmente había creído– las circunstancias sobre las que se apoya el dominio del hecho [*Tatherrschaft*] de los hombres de atrás [*Hintermänner*]. Hay que añadir todavía factores que, en sus consecuencias, califico como «disponibilidad al hecho del ejecutor considerablemente elevada». Este elemento se asemeja a los conceptos con los cuales Schroeder y Heinrich intentan explicar la autoría mediata en organizaciones delictivas. [...] Parto de que aquel que, en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho, lleva a cabo el último acto que realiza el tipo tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo. Aquel se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, «más preparado para el hecho» que otros potenciales delincuentes y que, vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás.<sup>71</sup>

Para que una persona sea considerada autora mediata por dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas, existe una serie de características específicas que deben ser cumplidas. En primer lugar, se debe haber cometido un delito de dominio.<sup>72</sup> Como señala Hernández Plasencia, en los «delitos de dominio», el legislador intenta evitar que los bienes jurídicos protegidos sean afectados por cualquier persona, en la forma que prescribe el tipo penal, sin que dicha persona deba reunir una calidad específica. Estos delitos generalmente están relacionados con bienes jurídicos importantes como la vida, la integridad, el honor, el patrimonio, etc. Concluye que los tipos penales comunes –delitos de dominio– no basan los criterios de autoría en criterios

71. *Ibíd.*, 19-20.

72. [1] «La teoría del dominio del hecho no permite una solución uniforme de los problemas de la distinción entre autor y partícipes en la totalidad de los delitos. Sustancialmente deben distinguirse dos especies de delitos en los que las reglas para la distinción adquieren una configuración especial: los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber». Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, 188. [2] «En la doctrina se admite con bastante aceptación la distinción entre delitos de infracción de deber y delitos de dominio, en razón a que exista o no especialmente exigido por el Código un deber especial que vincule al autor del delito y que este lo infrinja al realizar la conducta típica. En los delitos de infracción de deber únicamente la persona a la que atañe el deber puede ser autora del delito, de manera que los no afectados por el deber serán, en su caso, partícipes. El otro grupo de delitos son los llamados delitos de dominio que son aquellos que no contienen esa vinculación especial del autor con un deber. En estos casos, la distinción conceptual entre las diversas formas que pueden concurrir en la realización del hecho es más compleja». Jacobo López Barja de Quiroga, *Autoría y participación* (Madrid: Akal, 1996), 17-8. [3] «Así, mientras en los delitos de dominio es autor mediato el que dirige un suceso, dominando a otra persona a través de coacción, engaño o de un aparato organizado de poder, en los delitos consistentes en la infracción de un deber es suficiente con que el que tiene el deber especial deje la ejecución de la acción a un tercero». Bolea, *Autoría mediata*, 417.

relacionados con la calidad de la persona que realiza la acción u omisión.<sup>73</sup> En segundo lugar, debe concurrir la existencia de una estructura de poder organizada, que debe provenir del propio Estado –criminalidad de Estado–; en casos excepcionales de organizaciones terroristas –actividades terroristas– y formas específicas de criminalidad organizada; nunca de la criminalidad de empresa.<sup>74</sup>

Kai Ambos señala que es necesaria la existencia de una estructura jerárquicamente organizada, dentro de la cual se efectúe una asignación de roles entre sus miembros, situación que asegura su actuar de forma autónoma e independiente de las contribuciones individuales de sus miembros. Manifiesta que la asignación de roles dentro de la organización se realiza por parte del nivel estratégico superior de esta, se ejecuta de forma vertical mediante órdenes, situación que la distingue de la coautoría, debido a que, en esta última, la división del trabajo se realiza de forma horizontal. Subraya que dicha asignación asegura el funcionamiento automático de la organización ya que el nivel estratégico superior domina el hecho por sobre los autores directos –autores inmediatos o ejecutores–. Kai Ambos arguye que no es necesaria la existencia de órdenes explícitas cuando los actos cometidos por los autores directos –autores inmediatos o ejecutores–, se encuadran dentro del contexto de los objetivos de la organización, por ello concluye que «resulta irrelevante el «cómo» y por «quién» son ejecutadas las órdenes, cuando los comandantes pueden estar seguros de que son ejecutadas por alguien de alguna u otra manera».<sup>75</sup>

Dino Carlos Caro por su parte, expone que «la existencia de un aparato organizado de poder» es un presupuesto general para que concurra la autoría mediata por dominio de la organización. Señala que dicho aparato organizado de poder es una «estructura rígida y jerárquica» caracterizada por la asignación de roles entre sus miembros, lo que conlleva a descartar la realización de un «análisis de reprochabilidad» individual de la conducta del ejecutor –autor inmediato– y obliga a analizar el contexto de la actuación de la estructura de poder organizada «para detectar la gravedad del injusto».<sup>76</sup> El autor peruano, analiza que la estructura de poder organizada, además, debe cumplir con dos requisitos adicionales: 1. La asignación de roles de sus miembros, lo que ex-

73. Hernández, *La autoría mediata*, 312.

74. Roxin, «El dominio», 21.

75. Kai Ambos, «Trasfondos políticos y jurídicos de las sentencia contra el expresidente peruano Alberto Fujimori», en Kai Ambos e Iván Meini, edit., *La autoría mediata: El caso Fujimori* (Lima: Ara, 2010), 76-7.

76. Dino Caro, «Sobre la punición del expresidente Alberto Fujimori: Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal», en Kai Ambos e Iván Meini, edit., *La autoría mediata: El caso Fujimori* (Lima: Ara, 2010), 149-51.

plica la relación entre el hombre de detrás y el ejecutor –autor inmediato–, y 2. El aparato de poder organizado debe tener un funcionamiento autónomo.<sup>77</sup>

En tercer lugar, deben concurrir una calidad específica en el autor mediato, denominada –poder de mando dentro de la organización–, con la que se realiza una distinción entre los miembros de la organización, donde se considera la existencia de dos clases de miembros: quienes tienen poder de mando, que son las personas que se encuentran en la cabeza de la organización, y los mandos medios cuya ocupación es emitir órdenes a los subordinados en función de la posición dentro de la organización.

En cuarto lugar, la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, que se resume en el apartamiento fáctico de la estructura de poder organizada de las normas de derecho para cumplir los objetivos de la organización entendidos como la realización de la hipótesis del tipo penal acusado.

En quinto lugar, la fungibilidad del ejecutor inmediato, entendida como la sustituibilidad del ejecutor –autor inmediato–, quien puede ser remplazado por otro miembro de la estructura organizada de poder, situación con la cual, se asegura el cumplimiento de los fines de la organización y, por lo tanto, la voluntad del autor mediato.

En sexto lugar, la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor, resumida en la voluntad que tiene el ejecutor de realizar el acto punible, voluntad –dolo– que se encuentra sujeta a varios condicionamientos por su pertenencia a la estructura de poder organizada.

Para analizar con detenimiento los requisitos exigidos por la teoría del dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas es preciso señalar que los dos primeros requisitos expuestos *supra* –delito de dominio y la existencia de una estructura de poder organizada– han sido añadidos por el autor del presente trabajo como criterios delimitadores generales, ya que, como se manifestó *supra*, la existencia de un delito de dominio es un presupuesto para la aplicación de la teoría del dominio del hecho y la posibilidad de aplicación del dominio de la voluntad, antecedentes necesarios en el análisis a ser realizado *infra*.

Por otro lado, la existencia de una estructura de poder organizada –estatal–, conlleva una limitación general con respecto al tipo de organización que puede ser catalogada como apta para la aplicación de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas. Dichos requisitos servirán en el análisis *infra* con respecto a la aplicación de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas a la realidad ecuatoriana. En la actualidad Roxin reconoce cuatro requisitos necesarios para que concurra dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas

77. *Ibíd.*, 149.

que son: «[E]l poder de mando de quienes tienen poder para impartir órdenes, el apartamiento del Derecho del aparato de poder que está a su disposición, la fungibilidad del ejecutor inmediato y la alta disposición al hecho del ejecutor».<sup>78</sup> Una vez, realizada esta distinción, corresponde analizar detenidamente cada uno de los requisitos expuestos:

- a) *Poder de mando*. Para Kai Ambos, «los autores mediatos generalmente pertenecen al nivel superior estratégico»,<sup>79</sup> es decir, son las personas que emiten las órdenes dentro de la organización jerárquica. Al referirse a las órdenes, Ambos señala que las órdenes emitidas por los jefes –nivel superior estratégico– no tienen que necesariamente ser emitidas formalmente mediante instrucciones, ya que pueden proporcionarse de manera informal, encubierta o darse por sentado.<sup>80</sup> Esta concepción es tomada de la sentencia de la Corte Suprema de la República del Perú, dentro del caso del expresidente Alberto Fujimori –en adelante «Sentencia caso Barrios Altos la Cantuta»–.<sup>81</sup>

Ambos manifiesta que la doctrina no ha delimitado aún hasta qué nivel de jerarquía, dentro del aparato de poder organizado se puede asumir el control del hecho;<sup>82</sup> por lo tanto, no se ha resuelto el problema de calificar como autor mediato por dominio del aparato de poder organizado a los mandos medios de la organización. Señala además que tanto Roxin como los tribunales alemanes han extendido la autoría mediata a los mandos medios, quienes no se limitan a recibir órdenes del nivel estratégico superior, debido a que, se considera que dichos mandos poseen cierto poder para emitir órdenes a sus subordinados. Por ello, rechaza como una causa de exculpación el argumento de que los mandos medios solo se limitan a transmitir las órdenes o la «falta de causalidad». Por esta razón, el citado autor, menciona que existe la posibilidad de que concurra una cadena de autores mediatos en los mandos medios de una organización jerárquica.<sup>83</sup>

78. Claus Roxin, «Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú», en Kai Ambos e Iván Meini, edit., *La autoría mediata: El caso Fijumori* (Lima: Ara, 2010), 94.

79. Ambos, «Trasfondos políticos», 77.

80. *Ibid.*

81. La referencia realizada por Ambos es: «Corte Suprema de la República del Perú, Sala de lo Penal Especial (CSJ-SPE), Exp. No. AV 19-2011 (acumulado), 7 de abril de 2009, Caso Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, disponible en <<http://www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle>> (el 3 de abril de 2010); Supremas de Justicia de la República de Perú, Primera Sala Penal Transitoria (CSJ-PSPT), Exp. No.19-2001.09-AV, 30 de diciembre de 2009, disponible en <<http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio>> (3 de abril de 2010).» Ambos, «Trasfondos políticos», 45.

82. Ambos, «Trasfondos políticos», 77.

83. *Ibid.*, 78.

Hasta el momento, encontramos que dentro de la estructura de poder organizada concurren dos niveles jerárquicos a los cuales se puede atribuir poder de mando, el primero constituye el nivel superior estratégico, que tiene el control absoluto de la organización. En el caso de las estructuras de poder organizadas que provienen del propio Estado –criminalidad de Estado–, constituye el nivel superior estratégico el Gobierno, generalmente representado por el Poder Ejecutivo. Para Ambos, cuando el propio Gobierno atenta contra los derechos fundamentales, que se encuentra obligado a proteger, sus miembros conforman el nivel superior jerárquico de la estructura de poder organizada, y, por lo tanto, son directamente responsables como autores mediatos. Ambos señala que esta autoría mediata se materializa siempre y cuando las personas –miembros del Estado– que han emitido las órdenes tengan la jerarquía y poder de mando suficiente para que sus órdenes no pueden ser neutralizadas o anuladas; por lo tanto, dominan o gobiernan directamente la estructura de poder organizada. Finaliza argumentando que dicha concepción es aplicable tanto a los miembros civiles del Gobierno, como a los miembros encargados de la conducción de las fuerzas de seguridad.<sup>84</sup>

El segundo nivel jerárquico está constituido por los mandos medios, quienes, como señala el autor alemán, poseen dominio de la organización, dentro del aparato de poder organizado, solo respecto de sus subordinados. Razón por la cual, el citado autor, considera que los mandos medios no dominan la totalidad de aparato de poder organizado, solo se limitan a dominar una parte de este; por lo tanto, solo pueden ser declarados autores mediatos sobre la parte que se encontraba bajo su dominio.<sup>85</sup> Aunque Ambos realiza el planteamiento expuesto, concluye que es más convincente responsabilizar a los mandos medios de la organización como coautores<sup>86</sup> situación que será analizada con más detenimiento *infra*.

- b) *La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder.* A decir de Ambos, para que concurra este requisito es necesario que el Estado actúe, de forma estructural, al margen del derecho –nacional o internacional–. La calificación de estructural conlleva a excluir las violaciones de derechos humanos cometidas de forma aislada que no forman parte de una política Estatal. No es necesario que todo el Estado actúe fuera de los límites del derecho, es suficiente que una de sus

84. *Ibid.*, 78-9.

85. *Ibid.*, 79.

86. *Ibid.*, 81.

partes se desvincule, con sus actos del ordenamiento jurídico, como ocurre cuando las fuerzas de seguridad funcionan como «Estado dentro del Estado» e implementan una política de violaciones de derechos humanos bajo el liderazgo de altos funcionarios. La desvinculación del Derecho puede realizarse de manera instantánea mediante la decisión del nivel superior estratégico de abandonar el Estado de Derecho, o de manera gradual por medio del deterioro continuo de las estructuras democráticas del Estado».<sup>87</sup>

- c) *La fungibilidad del ejecutor inmediato*. Según Ambos, la fungibilidad del ejecutor «pretende compensar la falta de control sobre el autor directo plenamente responsable, quien en cualquier momento puede tomar la decisión de abandonar el plan criminal».<sup>88</sup> Dicha compensación se produce siempre y cuando la organización produzca el número suficiente de potenciales ejecutores dispuestos y fungibles,<sup>89</sup> denominados ejecutores intercambiables, que posibilitan la consecución de los objetivos de la organización. Ambos considera la existencia de un dominio abstracto del hecho por parte del autor mediato y señala que:

el autor mediato no tanto –desde una perspectiva naturalista– ni siquiera domina al autor directo (que es plenamente responsable), sino más bien –en el sentido de una fungibilidad abstracta–, al conjunto de autores directos que forman parte de la organización criminal. Los autores directos no son más que ruedas intercambiables de la maquinaria del aparato de poder organizado, lo cual convierte la libertad en un dato naturalístico que –desde una perspectiva normativa– no resulta tener más importancia.<sup>90</sup>

Ambos realiza una referencia a la «Sentencia caso Barrios Altos la Cantuta» y divide a la fungibilidad entre negativa y positiva. Menciona que la fungibilidad negativa corresponde –concepto clásico– a los supuestos en los cuales la negación por parte de la persona que ha sido designada como ejecutor –autor inmediato– del acto delictivo no impide que la organización criminal realice dicho acto criminal; por tanto, inmediatamente es designado en su remplazo –compensación– otro ejecutor. En cuanto a la fungibilidad positiva, refiere que tiene lugar cuando los miembros del nivel estratégico superior de la organización tienen la posibilidad de elegir entre los miembros –ejecutores, autores inmediatos–

87. *Ibíd.*, 82.

88. *Ibíd.*

89. *Ibíd.*, 83.

90. *Ibíd.*, 82.

los más calificados para la realización del acto delictivo, con lo que se garantiza la consecución de la voluntad de la organización.<sup>91</sup>

- d) *La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor*. La predisposición al hecho del ejecutor, a criterio de Ambos, se manifiesta debido a que el ejecutor «no actúa como cualquier ciudadano ante la comisión de un delito, sino que deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra la organización jerárquica».<sup>92</sup>

En función del año de aprobación del CP 1971, se puede afirmar que el art. 42 recoge de cierta manera, casi en su totalidad, la teoría de Roxin sobre autoría y participación partiendo de la teoría del dominio del hecho.

Siguiendo la teoría del dominio del hecho, planteada por Roxin, se considera autor a una persona en tres circunstancias:

- a) Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción). b) Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad). c) Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional).<sup>93</sup>

Para concluir con el tratamiento de tema de autoría, es preciso señalar los 12 postulados en que resume Roxin su teoría:

1. El autor es la figura central del suceso concreto de la acción.
2. La figura central se caracteriza por los elementos del dominio del hecho, del quebrantamiento de un deber especial o de la comisión de propia mano.
3. El dominio del hecho, que en los delitos dolosos de comisión determina el concepto general de autor, presenta las manifestaciones del dominio de la acción, del dominio de la voluntad y del dominio funcional del hecho.
4. El dominio de la acción consiste en la realización del tipo final y de propia mano.
5. El dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad, de cuatro grados, en virtud de error y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas.

91. *Ibid.*, 83.

92. *Ibid.*, 87.

93. Roxin, *Autoría y dominio*, 337.

6. El dominio del hecho funcional, que expresa el contenido de la línea directriz de la coautoría, se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva.
7. El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes.
8. La autoría mediata en los delitos de infracción de deber se caracteriza por que el obligado produce el resultado típico por medio de un no obligado.
9. La coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto.
10. Los delitos de propia mano se encuentran en el Derecho vigente como delitos de autor jurídico-penal y como delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico.
11. La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano.
12. La participación es un hecho principal cometido sin finalidad típica; por principio, está excluida de los delitos de propia mano, es posible en los delitos de infracción de deber y en los delitos de dominio se circunscribe a la suposición errónea de circunstancias fundamentadoras de dominio del hecho en la persona del ejecutor directo.<sup>94</sup>

Con referencia al tema de autoría en la doctrina ecuatoriana, Ernesto Albán Gómez<sup>95</sup> señala que la norma penal sustantiva ecuatoriana *CP* 1971, clasifica a los autores en: a) autores materiales, quienes son las personas «que han perpetrado la infracción de una manera directa e inmediata»; b) autores intelectuales, a quienes denomina también como: autores morales, mediatos o motores, y caracteriza como las personas: 1. que hayan decidido o determinado la realización del delito; es decir, que tengan el dominio de la voluntad, y 2. que no hayan ejecutado por sí mismos, sino que hayan utilizado a otra persona para su realización; en otras palabras, que no tengan el dominio del acto. Observa además, dos casos de autoría intelectual, remitiéndose al art. 42 del *CP* 1971: 1. cuando «el autor intelectual se haya valido de otra u otras personas, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo», y 2. cuando «el autor intelectual obligue a otro a cometer la infracción mediante violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, aunque no sea irresistible la fuerza empleada».<sup>96</sup>

El autor ecuatoriano indica que el *CP* 1971 prescribe dos posibles formas de responsabilizar por autoría cuando han concurrido varias personas en la realización

94. *Ibíd.*, 569-70.

95. Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general*, 250.

96. *Ibíd.*



de un delito propio. La primera se refiere a los casos de coautoría –dominio funcional del hecho–, dentro de los cuales, tanto el autor intelectual, como el ejecutor –coautor– deben incurrir en responsabilidad penal en calidad de coautores. La segunda se refiere a los casos de autoría mediata en los cuales el autor mediato, a quien llama autor intelectual, se ha valido de «inimputables (menor de edad o alienado mental), o porque el ejecutor material procedió engañado por error invencible (art. 36), o porque la fuerza que se empleó contra él era irresistible (art. 18). Es en estos casos que resultaría apropiado como autor mediato y, por lo tanto, único del delito, ya que quien ejecutó la acción material no podría ser sancionado y solo fue un instrumento en manos del otro».<sup>97</sup> El mismo razonamiento es aplicable al *COIP* 2014, por cuanto, reúne los mismos criterios sobre autoría, situación ya analizada *supra*.

Con referencia al criterio de autoría determinado en el art. 42 del *COIP* 2014 cuando se prescribe: «Autores. Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: [...] [q]uienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo». Es preciso señalar que dicho supuesto corresponde a los casos en los cuales existe un delito de omisión impropia,<sup>98</sup> delitos dentro de los cuales se excluye la aplicación del dominio del hecho y por lo tanto la aplicación de la autoría mediata, debido a que, en los delitos de omisión impropia solo el autor directo se encuentra capacitado para cometer la infracción por su cualificación legal especial. En otras palabras, solo quien tiene la calidad establecida por la ley puede calificar en calidad de autor en un delito de omisión impropia.

Con referencia al criterio de autoría determinado en el art. 42 del *COIP* 2014 cuando se prescribe: «Autores. Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: [...] [q]uienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva», es preciso señalar que no existe definición de organización delictiva en la legislación ecuatoriana; la definición más cercana se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada<sup>99</sup> que define al «grupo delictivo organizado». La denominación de «organi-

97. *Ibid.*, 251.

98. «[E]n los delitos de omisión impropia al «garante» le es impuesto un deber de evitar el resultado. El acaecimiento de este pertenece al tipo y el garante que infringe dicho deber es responsabilizado penalmente por el resultado típico sobrevenido. Los delitos de omisión impropia son, por ello, el equivalente a los delitos de resultado». Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, 652.

99. «Artículo 2. Definiciones. Para los fines de la presente Convención: a) Por «grupo delictivo organizado» se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material». ONU, Oficina contra la Droga y Delito (United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)), Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, 15 de noviembre de 2000, Resolución 55/25 de la Asamblea General.

zación delictiva» es propia de la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 octubre de 2008, del Consejo de Europa de lucha contra la Delincuencia Organizada –norma de la cual Ecuador no tiene influencia–, que en su art. 1 define a la «organización delictiva»,<sup>100</sup> elemento que ha sido copiado, sin beneficio de inventario, por el legislador ecuatoriano.

Por lo manifestado, al tratarse de un criterio de autoría que no estaba vigente al momento de los actos investigados por la CVE 2010, no corresponde su tratamiento en profundidad, ya que, sobre la base del principio de legalidad e irretroactividad de la norma sustantiva penal, no es un criterio de autoría válido para el tema analizado; sin que con ello se manifieste que en la actualidad sea un criterio válido de autoría en caso de violaciones de derechos humanos.

## PARTÍCIPE

Como se encuentra señalado *supra*, la norma penal ecuatoriana (CP 1971 y COIP 2014) parte de la distinción entre las distintas formas de colaboración; por ello, una vez que se ha asegurado el tratamiento de los presupuestos de autoría, corresponde el tratamiento de los presupuestos de participación.<sup>101</sup>

Lo que caracteriza a la distinción entre las diferentes formas de participación es la separación entre la colaboración en la realización del delito propio –autoría directa, autoría mediata, coautoría–, que conlleva a responsabilizar a las personas intervinientes como autores, y la participación dolosa en la realización del delito ajeno –delito cometido por los autores directos, autores mediatos y coautores, quienes son las personas que han realizado la conducta prescrita en la

100. «Artículo 1. Definiciones. A los efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por: 1) «organización delictiva»: una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material». Consejo de Europa, *Decisión Marco 2008/841/JAI*, 24 de octubre de 2008.

101. [1] «Se entiende por tal el aporte doloso que hace al injusto doloso de otro, trátase de una instigación o de una complicidad; para ello el partícipe se caracteriza de manera negativa, dado que no ejecuta la acción típica, pues de hacerlo sería autor». En Velásquez, *Derecho penal*, 913. [2] «Para evitar confusiones, cabe precisar que la palabra participación tiene dos sentidos diferentes en el derecho penal: (a) en sentido amplio [...] participación es [...] una pluralidad de personas tomando parte en el delito, como participantes en el carácter que fuere, es decir, como autores, cómplices o instigadores; (b) en sentido limitado, se dice que hay participación cuando una o más personas toman parte en el delito ajeno, siendo partícipes solo los cómplices y los instigadores, con exclusiones de los autores». Zaffaroni, *Manual de derecho penal*, 601.

hipótesis del tipo penal—. En este segundo caso, caben dos formas de participación: 1. inducción –inductores–, y 2. complicidad –cómplices–.

A decir de Jescheck y Weigend: «La inducción y la complicidad son frente a la autoría causas de extensión de la pena [...]. Por ello la punibilidad de ambas formas de participación requiere un fundamentación especial. Del fundamento de la pena de la participación se deduce cómo han de delimitarse frente a la autoría y al ámbito de lo impune los conceptos de la inducción y de la complicidad».<sup>102</sup>

## INDUCTORES

La conducta jurídica realizada por los inductores se denomina inducción o instigación y significa: «Determinar o inducir a otro a la comisión del hecho punible».<sup>103</sup> Según Bacigalupo, la conducta del inducido o instigado conlleva necesariamente que su voluntad de realizar el acto punible es una consecuencia directa de la acción del instigado.<sup>104</sup>

Por su parte, Jescheck y Weigend indican que el inductor no tiene el dominio del hecho del acto cometido por el autor directo; simplemente se «limita a provocar en el autor la resolución delictiva, pero no toma parte en el dominio del hecho mismo. De este modo se diferencia la inducción de la coautoría».<sup>105</sup> El autor alemán señala: 1. «Inducción es la determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico»; 2. «La inducción exige el empleo de determinados medios que influyan sobre la psique del autor principal para conseguir la ejecución del hecho»; 3. «El hecho al que se induce debe ser consumado o, por lo menos, supone una tentativa punible»; 4. «El inductor responde hasta el punto que coincidan el dolo y el hecho principal»; 5. «El inductor es castigado de acuerdo a la norma aplicable al hecho principal», y 6. «Una inducción por omisión no es jurídicamente aplicable».<sup>106</sup>

Con referencia a la norma penal ecuatoriana, Ernesto Albán Gómez señala que los instigadores son personas que «aconsejan o instigan a otro para que cometa un delito, siempre y cuando el consejo haya determinado la perpetración».<sup>107</sup> Complementa su razonamiento al expresar que el instigador emplea *medios intelectuales o morales* que influyen en el ánimo del instigado y que producen su

102. Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, 737.

103. Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, 207.

104. *Ibíd.*

105. Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, 739.

106. *Ibíd.*, 739-44.

107. Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general*, 252.

resolución para cometer la «infracción que la considera propia, provechosa o útil para él».<sup>108</sup>

La responsabilidad del instigador no deviene de la concurrencia de elementos que permitan determinar su participación en el delito en calidad de coautor –participación conjunta en delito propio–, debido a que, como se analizó *supra*, en la coautoría el coautor ha compartido el dominio conjunto del hecho con el autor material de la infracción. Por otro lado, en la inducción la participación del inductor no se produce en un delito propio, se produce en la determinación del elemento subjetivo –dolo– de la conducta antijurídica que realiza en autor directo –otra persona–; por lo tanto, es una participación en la conducta de otro –participación en un delito ajeno–. En otras palabras, el instigador o inductor no es coautor y su correcta calificación es la de partícipe.

La prescripción de la norma sustantiva ecuatoriana de castigar al instigador con la misma pena de los autores<sup>109</sup> –autor directo, autor mediato y coautor–, responde a un criterio netamente legislativo que no tiene base en la distinción entre su actuación en delito propio o delito ajeno. Tanto el art. 42 del *CP* 1971, como su par del *COIP* 2014 señalan que se reputan como autores a los instigadores, pero es necesario resaltar que la calificación que realiza el art. 42 del *COIP* 2014 cuando cataloga al inductor dentro de los casos de autoría mediata es ilógica y antitécnica, ya que no responde a ningún criterio racional sobre su real participación en el hecho delictivo. En otras palabras, el instigador o inductor NO es un autor mediato y su correcta calificación es la de partícipe.

## CÓMPLICES

Con referencia a la complicidad, el art. 43 del *CP* 1971 señalaba: «Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos»; por su parte, el *COIP* 2014, prescribe: «Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido».

108. *Ibid.*, 252.

109. *CP* 1971, art. 42: «Se reputan autores los que han perpetrado la infracción [...] sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito [...]»; y *COIP* 2014, art. 42: «Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: [...] 2. Autoría mediata: a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión [...]».

Bacigalupo refiere que el cómplice puede ser definido como la persona «que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso» –sentido amplio–.<sup>110</sup> El autor argentino señala que la cooperación se puede realizar mediante hechos o consejos, mediante un aporte no necesariamente causal material, cuyo elemento subjetivo es el dolo; por lo tanto, el cómplice debe tener una intención dolosa en su aportación, misma que configura el límite de su responsabilidad. Señala además que el aporte del cómplice debe realizarse en un delito doloso, razón por la cual queda excluida la complicidad en los delitos culposos.<sup>111</sup>

Por su parte, Jescheck y Weigend precisan que la aportación del cómplice transcurre dentro de un hecho ajeno; del mismo modo que el inductor no tiene el dominio del hecho sobre el acto delictivo y no es necesario que el autor conozca de su aportación –complicidad clandestina–. Señala que la falta de dominio del hecho diferencia a la complicidad de la coautoría –dominio funcional del hecho–.<sup>112</sup> El autor alemán complementa su exposición expresando cinco elementos que confluyen en la complicidad: 1. «Complicidad es el apoyo doloso a otro en el hecho antijurídico doloso cometido por este»<sup>113</sup> –aporte doloso en injusto ajeno–; 2. «La complicidad presupone la vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice»;<sup>114</sup> 3. «El hecho para el que se presta la ayuda debe ser consumado o, al menos, haber quedado en una tentativa punible»;<sup>115</sup> 4. «La pena para el cómplice se orienta al marco punitivo del autor pero aquella debe ser atenuada»;<sup>116</sup> 5. «La complicidad también puede prestarse por omisión en la medida en que el cómplice esté vinculado por un deber de garante».<sup>117</sup>

Con referencia a la norma penal ecuatoriana, Ernesto Albán Gómez precisa que la complicidad se produce cuando concurren dos elementos: 1. «[C]ooperación indirecta y secundaria en la ejecución de un acto punible ajeno»,<sup>118</sup> y 2. «[A]ctos anteriores o simultáneos».<sup>119</sup> Con referencia a los elementos citados, el profesor Albán, señala que el primero distingue a la complicidad de la coautoría; mientras que el segundo deslinda a la complicidad de los actos de encubrimiento.<sup>120</sup>

La norma sustantiva ecuatoriana presupone dos tipos de cooperación. El primero es la cooperación directa, según la cual: «Se reputan autores [...] los que

110. Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, 210.

111. *Ibíd.*

112. Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal*, 744.

113. *Ibíd.*

114. *Ibíd.*

115. *Ibíd.*, 748.

116. *Ibíd.*, 749.

117. *Ibíd.*

118. Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general*, 254.

119. *Ibíd.*

120. *Ibíd.*

han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción»;<sup>121</sup> El segundo es la «coautoría: quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción».<sup>122</sup> Como bien expone Ernesto Albán Gómez, los cooperadores directos son denominados en el *CP* 1971 como coautores, «siendo en realidad partícipes propiamente tales»,<sup>123</sup> situación que se replica en el *COIP* 2014, que deliberadamente –sin ningún fundamento– los denomina «coautores». El error conceptual del legislador ecuatoriano se encuentra en que la norma sustantiva penal no distingue la aportación –directa o indirecta– en el injusto penal ajeno, denominada complicidad, de la participación conjunta en delito propio –dominio funcional del hecho– denominada coautoría.

La prescripción de la norma sustantiva ecuatoriana de castigar al cooperador directo –cooperación directa en delito ajeno– con la misma pena de los autores –autor directo, autor mediato y coautor–, responde a un criterio netamente legislativo que no tiene base en la distinción entre su actuación en delito propio o delito ajeno. Tanto el art. 42 del *CP* 1971, como su par del *COIP* 2014 señalan que se reputan «como coautores» a los cooperadores directos, pero es necesario resaltar que la calificación que realiza el art. 42 del *COIP* 2014 cuando cataloga al cooperador directo –cooperación directa en delito ajeno– dentro de los casos de coautoría es ilógica y antitécnica, ya que no responde a ningún criterio racional sobre su real participación en el hecho delictivo. En otras palabras, el cooperador directo –cooperación directa en delito ajeno– NO es un coautor y su correcta calificación es la de cómplice –partícipe–.

El segundo tipo de cooperación –cooperación indirecta y secundaria– se encuentra correctamente catalogado en el art. 43 del *CP* 1971 y en el art. 43 del *COIP* 2014, cuando se determina que la complicidad es la cooperación en la ejecución del acto punible por medio de actos anteriores o simultáneos –*CP* 1971–; y cuando el *COIP* 2014 prescribe que se reputan cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido. Es necesario que ambas normas se entiendan como la cooperación en delito ajeno, debido a que, cuando existe participación en delito propio –dominio funcional del hecho– constituye un caso de coautoría.

El último caso de complicidad se encontraba prescrito en el art. 42 del *CP* 1971 cuando se señalaba: «Se reputan autores [...] los que han impedido o procu-

121. *CP* 1971, art. 42.

122. *COIP* 2014, art. 42.

123. Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general*, 253.

rado impedir que se evite su ejecución». Dicha calificación era imprecisa, debido a que existían dos supuestos: el primero, impedir o procurar impedir que se evite su ejecución en delito propio, que abarca un dominio funcional del hecho y por lo tanto era un caso de coautoría; mientras que el segundo, impedir o procurar impedir que se evite su ejecución en delito ajeno, que no abarca dominio funcional del hecho y por lo tanto correspondía una simple cooperación denominada complicidad. Por su parte, el *COIP* 2014, elimina, dentro de los casos de autoría, la conducta de impedir o procurar impedir que se evite su ejecución en delito, lo que no significa que dicha conducta deje de ser punible, por cuanto, en los casos que se realiza dentro de delito propio, se incurrirá en supuesto de coautoría; mientras tanto, que en los casos que se realice en delito ajeno, se incurrirá en un supuesto de complicidad.

## ENCUBRIDORES

El art. 44 del *CP* 1971 prescribía otra forma de participación denominada encubrimiento.<sup>124</sup> Con respecto al encubrimiento Ernesto Albán Gómez, señala que es inaceptable responsabilizar a los encubridores como partícipes de la infracción, que la calificación correcta es la de sujetos activos de una conducta independiente al delito principal. Por ello es preciso tipificar la conducta del encubridor como un delito autónomo que lesiona los intereses de la justicia al perseguir al delincuente. En su análisis, el profesor Albán precisa cuatro requisitos para que concurra el encubrimiento: 1. El cometimiento de un delito anterior; 2. No haber sido el encubridor autor ni cómplice; 3. Conocimiento por parte del encubridor de la conducta punible, y 4. La realización de actos de favorecimiento.<sup>125</sup>

Por su parte el *COIP* 2014 elimina la conducta del encubrimiento dentro de los casos de participación y consagra dicha conducta como delito independiente, contenido en el art. 242 denominado «fraude procesal»,<sup>126</sup> situación

124. «Artículo 44. Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente». *CP* 1971.

125. Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general*, 255-6.

126. «Artículo 272. Fraude procesal. La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal

que, dentro del tema analizado, tiene una importante implicación, debido a que, al haberse eliminado como conducta punible el encubrimiento, se eliminó la posibilidad de imputar como encubridores a personas que realizaron dicha conducta dentro de los casos investigados por la CVE 2010, además, debido a que su conducta se produjo antes de la puesta en vigencia del COIP (2014), en función del principio de irretroactividad de la norma sustantiva penal no se los puede encuadrar dentro de los nuevos parámetros del *COIP* 2014.

## CRÍTICAS A LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN APARATOS DE PODER ORGANIZADOS

Las posturas doctrinales contrarias a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados se pueden resumir en dos aspectos, el primero considera que la conducta del autor mediato por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados se puede subsumir en los supuestos de la coautoría, mientras que el segundo considera que se puede adecuar a los presupuestos de inducción. En el primer caso –coautoría– se considera que la actuación del autor mediato corresponde un dominio funcional del hecho conjunto con el ejecutor; mientras que en el segundo caso –inducción– se considera que dicha conducta se aparta del dominio funcional del hecho y corresponde a un criterio de participación en delito ajeno.

Günther Jakobs señala innecesaria la construcción de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados debido a que precisa que para juzgar al «autor de despacho» son suficientes los criterios de coautoría en algunos casos y de complicidad en otros.<sup>127</sup>

La postura de Jakobs, en primer lugar, rechaza la postura de Roxin sobre autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados –organización por medio de un aparato de poder–, debido a que considera que al autor de despacho se le deben aplicar los siguientes criterios: 1. Que se

o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Con igual pena será sancionada quien conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministren alojamiento o escondite, o les proporcionen los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorezcan ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecerlos. *COIP* 2014.

127. Jakobs, *Derecho penal*, 783-4.



«pasa por alto el intrincado problema de cuando una persona que actúa en el estadio previo de un delito –y deba– ser tratada como autor del mismo»;<sup>128</sup> 2. Los autores mediatos «no dominaban instrumento alguno en forma de ser humano, sino que trabajaban conjuntamente con personas responsables [...] cuantitativamente menos responsables».<sup>129</sup> Por esto, la conducta del autor de despacho se equipara a la del autor intelectual –doctrina antigua–, o en la doctrina moderna «se trataría de partícipes que actúan como autores ampliamente antes de la realización del tipo, más precisamente, nos encontramos ante coautores o, al menos, inductores equiparables a los autores»,<sup>130</sup> y 3. Los ejecutores dentro del aparato de poder organizado actúan de manera responsable, situación por la cual no constituyen instrumento alguno. Por este motivo, considera que la persona que emitió la orden no es autor mediatos, ya que se convierte en interviniente por cuanto no se encuentra en la capacidad de decidir de manera responsable en último lugar la realización del tipo penal.<sup>131</sup>

En segundo lugar, Jakobs precisa que, contra su postura de denominar al autor de escritorio como coautor, se ha señalado –como crítica– que «faltaría en el autor intelectual, el dominio sobre la ejecución del hecho (sobre la realización del tipo)».<sup>132</sup> Por ello señala, que el dominio de la ejecución es también discutible en los casos claros de coautoría, en donde «por regla general, ese dominio se encuentra en toda su extensión únicamente en una fracción dentro del colectivo de los ejecutores y de cada uno de los coautores en particular».<sup>133</sup> Situación por la cual, al igual que en el resto de casos de coautoría, el coautor responde por toda la ejecución conjunta ya que su responsabilidad está en lo actuado y no actuado de propia mano, razón por la cual «su aporte parcial lo hace corresponsable por la obra en su totalidad»<sup>134</sup> –accesoriedad–. Sobre la base de la accesoriedad fundamenta la posibilidad de que el «autor intelectual pueda convertirse en coautor de los autores físicos».<sup>135</sup>

En tercer lugar, concibe a los ejecutores –ruedecillas intercambiables en el aparato de poder organizado– como personas responsables –punto de vista jurídico–, que actúan conjunta y recíprocamente con quién emite las órdenes.<sup>136</sup>

128. Günter Jakobs, «Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori», en Kai Ambos e Iván Meini, edit., *La autoría mediata* (Lima: Ara, 2010), 105.

129. *Ibid.*, 106.

130. *Ibid.*

131. *Ibid.*, 107-8.

132. *Ibid.*, 108.

133. *Ibid.*

134. *Ibid.*

135. *Ibid.*, 109.

136. *Ibid.*, 111.

Con respecto a la responsabilidad de los jefes de Estado –específicamente refiriéndose al expresidente peruano Alberto Fujimori–, Jakobs señala que al encontrarse en una posición de garante han cometido delitos de infracción de deber –deberes negativos y positivos–, han infringido su calidad de obligados especiales, razón por la cual su actuación responde a la de autor de un delito de infracción de deber.<sup>137</sup>

Por su parte Donna inicia su exposición analizando la postura de Gimbernat Ordeig, quien considera que la teoría del dominio de la organización en aparatos de poder organizados expuesta por Roxin es excesiva. Del mismo modo expone que Ordeig llega a las siguientes conclusiones: 1. Quienes realizaron los actos ejecutivos deben responder como autores; 2. Los miembros superiores de la organización deben ser calificados como inductores; 3. Los miembros intermedios de la organización deben ser considerados cómplices, ya que es posible la inducción en cadena.<sup>138</sup> Donna expone, adicionalmente, la postura de Cerezo Mir, quien considera que la teoría de Roxin no es convincente ya que la fungibilidad del ejecutor no es un criterio sólido, debido a que, tomando las palabras de Hernández Plasencia, «si el ejecutor inmediato se opone a actuar, entonces esto implica que la orden que está recibiendo es solo constitutiva de inducción».<sup>139</sup>

La postura personal de Donna es considerar al autor detrás del autor como inductor. Basa su análisis en la teoría de la prohibición de regreso. Por último, sobre la base de la legislación argentina concluye:

Si se quiere hacer responsable a todo aquel que «determine» al autor a su acción, entonces no podrá responder el hombre de atrás como «autor» (art. 45, código penal). Él no causa el resultado del hecho de la misma manera que el autor del hecho. Por eso es que tampoco satisface el tipo penal de la misma manera que lo hace el autor, y por ello es solo «instigador» del hecho.<sup>140</sup>

Kai Ambos, por su parte, precisa que su crítica a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es una crítica cons-

137. «En la lesión de deberes positivos, esto es, en los delitos de infracción de deber, rigen otras reglas: en esos casos, y supuesta la concurrencia de los presupuestos de la autoría, autor es todo aquel que obligado especial que conforma a su estatus no procura el bienestar de los demás, y una irreversible lesión de deber representa ya el comienzo de la ejecución (los delitos de infracción de deber no conocen para los obligados accesoriedad alguna)». Ibid., 113-4.

138. Edgardo Donna, *La autoría y participación criminal*, 2a. ed. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002), 69-70.

139. Ibid., 71.

140. Ibid., 80.

tructiva que pretende colaborar en su perfeccionamiento y plantea tres puntos esenciales<sup>141</sup> para la discusión:

- a) *Dominio de la organización versus libertad del hombre de adelante.* Concluye Ambos que el dominio de la organización «requiere de una fundamentación normativa adicional»; debido a que no se puede partir en todos los supuestos de la «fungibilidad del ejecutor», basa su postura en el tratamiento fáctico de cada uno de los supuestos.<sup>142</sup> Dicha fundamentación normativa adicional la encuentra en la obligación de protección que tiene el Estado con respecto de sus ciudadanos. Con ello, precisa, confluyen dos tipos de lesiones, la primera se configura con la lesión del deber de protección por parte del Estado; mientras que la segunda –lesión de la relación entre ciudadanos– se configura por la «injerencia de un ciudadano en la libertad de otro», lo que conlleva a que esta «injerencia en la libertad ajena <materializa> el dominio del hecho por parte del Estado».<sup>143</sup>
- b) *Sobre la delimitación entre autoría mediata y coautoría según niveles de jerarquía.* Al referirse a la delimitación de la autoría mediata en función de la jerarquía de los miembros del aparato de poder organizado, Ambos concluye que la autoría mediata solo puede ser aplicada a los intervinientes que pertenecen al «vértice de la organización del aparato de poder». Señala que los miembros del aparato de poder organizado que se encuentran por debajo del vértice de la organización solo pueden dominar una parte de los acontecimientos dentro de la organización, razón por la cual, la correcta calificación es la de coautores.<sup>144</sup>
- c) *El criterio de la desvinculación del derecho.* Ambos concluye que la desvinculación del derecho es precisa si se la concibe como una «desvinculación del derecho positivo» como un criterio para eliminar «la barrera normativa a la ejecución del hecho». En cuanto a la desvinculación del derecho suprapositivo, señala que este criterio carece de precisión, razón por la cual se puede prescindir de él.<sup>145</sup> Roxin, por su parte, responde a las críticas expresando que:

el comportamiento de quien dirige el aparato de poder y lo emplea para la comisión de delitos no se corresponde, en lo absoluto, con los requerimientos jurídicos ni tampoco con las representaciones que se derivan del uso del lenguaje común de coautoría e instigación –ello, dejando de lado a la complicidad–, de

141. Ambos, *La parte general*, 220.

142. *Ibíd.*, 241.

143. *Ibíd.*, 241-2.

144. *Ibíd.*, 242.

145. *Ibíd.*

tal modo que el rechazo de tales concepciones (que defienden la tesis de la instigación y la coautoría) se basa casi en un juicio de evidencia.<sup>146</sup>

Con respecto a la coautoría, el autor alemán precisa que faltan «todos los presupuestos generales conocidos para esta forma de intervención».<sup>147</sup> Estos son: 1. No existe un acuerdo criminal común ni una ejecución conjunta, y 2. Falta la estructura horizontal de la coautoría –igual rango de las contribuciones (división de trabajo)–.<sup>148</sup>

En cuanto a la instigación, Roxin precisa que «el instigador tiene que dejar la decisión de la realización del hecho al autor; quien tiene el dominio de la organización no tiene que hacer esto». Se refiere al instigador como una «figura secundaria de la ejecución del evento criminal». Por su parte, expone que quien dirige la organización es «la figura central del evento criminal, es, pues –como lo señala claramente la expresión popular– el autor de escritorio (nadie hablaría de un instigador de escritorio)».<sup>149</sup>

Con referencia a la crítica sobre el dominio del hecho conjunto por parte del ejecutor y del autor mediato, Roxin señala que dicha crítica solo tiene base doctrinal, que la «posibilidad conceptual de un autor detrás del autor (responsable)» es negada porque, si el ejecutor domina el hecho de manera imputable, no se podría imputar igualmente el dominio del hecho al hombre de atrás»,<sup>150</sup> lo que constituye una posición equivocada que no toma en cuenta la existencia de diferentes formas del dominio del hecho que pueden existir de forma conjunta y producirse sucesivamente. Expone además que el dominio del hecho basado en la «ejecución de propia mano del ejecutor no excluye el dominio que es procurado por el control del aparato. La creencia según la cual habría solamente una forma de dominio del hecho, elimina las claras diferencias que fueron realizadas en la intervención delictiva y se aleja del objetivo de una construcción de conceptos jurídicos diferenciadora que hace justicia a las estructuras reales».<sup>151</sup>

146. Roxin, «Apuntes sobre la sentencia Fujimori», 97.

147. *Ibid.*, 97.

148. *Ibid.*

149. *Ibid.*

150. *Ibid.*, 98.

151. *Ibid.*

## ADOPCIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN APARATOS DE PODER ORGANIZADOS EN TRIBUNALES NACIONALES E INTERNACIONALES

A manera de referencia es pertinente señalar dos sentencias en las cuales se ha adoptado la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados que, por su importancia, son pertinentes en el tratamiento del tema analizado:

- a) *Corte Penal Internacional*. Decisión Katanga de 30 de septiembre de 2008, en la cual se menciona: «A concept has developed in the legal doctrine that acknowledges the possibility that the person who acts through another may be individually criminally responsible, regardless of whether the executor (the direct perpetrator) is also responsible. This doctrine is based on the early works of Claus Roxin [...]».<sup>152</sup>
- b) *Corte Suprema de la República del Perú*. Expediente AV 19-2001 (acumulado), del siete de abril de 2009, Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos del SIE, en contra del expresidente peruano Alberto Fujimori.<sup>153</sup>

## LA AUTORÍA MEDIATA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER O DELITOS ESPECIALES

Los conceptos sobre autor analizados hasta el momento tienen un tratamiento específico de autoría dentro de los delitos dolosos de comisión, donde el sujeto activo de la infracción –autor directo, coautor y autor mediato– ha cometido los elementos del tipo de una forma dolosa y con la realización de un acto positivo –se excluye los actos omisivos e imprudentes–. En estos casos, se determina la calidad de autor en función del dominio del hecho del agente en la realización de la conducta, razón por la cual reciben el nombre de delitos de dominio. Para Roxin, «el dominio del hecho solo puede caracterizar a la figura del acontercer delictivo allí donde el comportamiento es dominable».<sup>154</sup> Pero el propio Roxin realiza una salvedad a la utilización del dominio del hecho, como criterio concluyente para

152. *Ibid.*, 95. «El texto en referencia señala: La doctrina jurídica ha desarrollado un concepto que reconoce la posibilidad para que una persona que actuó a través de otra pueda ser penalmente responsable de forma individual, independientemente de si el ejecutor (perpetrador directo) es también responsable. Esta teoría se basa en los primeros trabajos de Claus Roxin». Traducción realizada por el autor.

153. Perú Corte Suprema de la República del Perú, «Sentencia», en *Caso Barrios Altos, La Cantuta y sótanos del SIE AV 19-2001 (acumulado)*, 7 de abril de 2009.

154. Roxin, *Autoría y dominio*, 369.

determinar al autor, salvedad que se configura cuando el propio legislador prescribe quién es el autor al utilizar otros elementos que constan en el propio tipo penal.<sup>155</sup>

Hasta el momento, se ha analizado a la autoría mediata –en especial la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados– cuando los tipos penales cometidos responden a delitos de dominio, situación que no abarca la totalidad de los tipos penales. Como punto de partida, se debe tener en cuenta que la tipificación de los delitos contenidos en la parte especial del *CP* 1971 y del *COIP* 2014 no se agota con la prescripción de sujetos activos de la infracción sin cualificación específica –delitos de dominio o delitos comunes–; existen ciertos tipos penales que prescriben circunstancias específicas donde el reproche de la conducta típica tiene como base fundamental la calidad especial del sujeto activo, a diferencia de los delitos de dominio donde cualquier persona puede ser sujeto activo de la infracción.

Estos tipos penales se denominan delitos especiales<sup>156</sup> debido a que «no toda persona puede ser autor», sino que, como indica Gimbernat, el círculo de autores está limitado a determinados sujetos.<sup>157</sup> Los delitos especiales se dividen en dos grupos: 1. Delito especial propio. Es «aquel que no tiene correspondencia con un delito común», porque «la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que, faltando la misma, el hecho sería atípico»;<sup>158</sup> y 2. Delito especial impropio. Es aquel en el que, aunque también partimos

155. *Ibíd.*, 370.

156. «[E]n los delitos especiales solo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad («cualificación de autor»). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que, en estos casos, es mejor hablar de «delitos de infracción de deber». Así p.ej. son delitos de infracción de deber los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo (párr. 331 y s.), en los que solo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial, o el párr. 203, en el cual la infracción del deber de secreto profesional opera fundamentando la autoría. También es un delito de infracción de deber (a pesar del término «el que») el tipo de la gestión desleal (párr. 266), ya que en el mismo es presupuesto de la autoría la vulneración de un deber especial de cuidar el patrimonio. Se distingue además entre delitos especiales (o delitos de infracción de deber) propios e impropios. En los delitos especiales propios el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena; p. ej., la prevaricación solo es posible por parte de las personas indicadas en el párr. 336. Por el contrario, en los delitos especiales impropios el elemento del autor solo opera agravando la pena. Así p.ej. las lesiones causadas en el ejercicio del cargo (párr. 340) están construidas sobre el delito común de lesiones (párr. 223); por tanto, la cualidad de funcionario en el ejercicio de su cargo opera ciertamente en el párr. 340 fundamentando la autoría, pero en relación con el tipo de lesiones solo agravando la pena». Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1997), 338.

157. López, *Autoría y participación*, 169.

158. *Ibíd.*

de un círculo reducido de posibles sujetos activos, sin embargo, «tiene su correspondencia con un delito común».<sup>159</sup>

López precisa que, para Roxin, cuando el hombre de atrás «carece de la cualificación exigida por el tipo delictivo, no hay autoría mediata sino inducción. Cuando el hombre de atrás es el cualificado e induce a un *extraneus* a realizar la acción del supuesto típico, entonces, el *extraneus* no podrá ser autor porque carece de la cualificación y el hombre de atrás no podrá ser inductor por falta de autor. En estos casos, se acepta que existe un supuesto especial de autoría mediata».<sup>160</sup>

Por último, López resume los criterios bajo los cuales se debe determinar la autoría y la participación en los delitos especiales, criterios que corresponderán a la base doctrinaria del presente trabajo:

#### 4.1 Autoría directa en los delitos especiales

Solo aquella persona que, siendo sujeto del deber, domina el hecho.

#### 4.2 Coautoría en los delitos especiales

- Si se trata de delito especial propio, no es posible hablar de coautoría del *extraneus*. El extraño solo podrá ser partícipe.
- Si se trata de delito especial impropio, el *extraneus* debe ser considerado coautor, pero, del delito común subyacente.

#### 4.3 Autoría mediata en los delitos especiales

- Si el cualificado es el hombre de atrás nos encontramos ante un caso de autoría mediata, salvo en los llamados delitos de propia mano.
- Si el *extraneus* es el hombre de atrás, no puede considerársele autor mediato. Sería inductor.

#### 4.4 Participación en los delitos especiales

Es admisible la participación (inducción y complicidad) de *extraneus* en delitos especiales, pero, para guardar la proporcionalidad de pena que ha de existir entre el que infringe el deber y aquel al que no le alcanza dicho deber, debe aplicarse al extraño una pena atenuada, dado que carece del elemento que fundamenta la punibilidad. Es decir, la solución que contiene el apartado 1 del párr. 28 del StGB alemán. El partícipe (*extraneus*) no infringe la norma contenida en el tipo sino que lo que quebranta es la prohibición establecida en las reglas de la participación (art. 28 y 29). Debe mantenerse la unidad del título de imputación.<sup>161</sup>

159. *Ibid.*, 170.

160. *Ibid.*, 172-3.

161. *Ibid.*, 191-2.

## CAPÍTULO II

# Sistema jurídico ecuatoriano

### LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN APARATOS DE PODER ORGANIZADOS Y SU COMPATIBILIDAD CON LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Dentro de la discusión sobre el traslado a la práctica –realidad– ecuatoriana de cualquier institución en materia penal, es necesario realizar un análisis sobre su compatibilidad con la *CRE*, debido a que la norma constitucional contiene ciertos límites infranqueables que restringen tanto al poder legislativo –aprobación de la ley sustantiva penal–, como al poder judicial –aplicación de la ley sustantiva penal–. El límite primordial se encuentra en el art. 1 de la *CRE*,<sup>162</sup> norma que marca el rumbo de la construcción de las instituciones legales ecuatorianas y su correcta aplicación dentro del marco de un Estado democrático, constitucional de derechos y justicia. A dicho límite se lo puede denominar –tomando las palabras del maestro Zaffaroni– «principio republicano de gobierno»,<sup>163</sup> que no es más que la consecución práctica de la denominación de «República» que realiza la *Constitución* al referirse a la forma de gobierno del Ecuador.

La denominación de República obliga a todo el Estado ecuatoriano a aplicar criterios de racionalidad en sus decisiones. En el caso que ocupa este estudio, el principio republicano tiene un alcance doble. Por un lado, para el Poder Legislativo, se plasma en la aplicación de racionalidad en la emisión de las normas

162. «Artículo 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada». En Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador (CRE)*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, tít. I, «Elementos constitutivos del Estado», cap. primero, «Principios fundamentales», art. 1.

163. «El principio republicano de gobierno impone que los actos de este sean racionales, pero no siempre el ser es todo lo que debe ser. La clave superadora se halla en construir un sistema en que lo racional sean las decisiones jurisdiccionales, descartando los actos legislativos en todo o en parte cuando su irracionalidad sea irreductible, es decir, formulando una propuesta dogmática que asegure el avance del principio republicano y no un sistema lapidario para este». Zaffaroni, *Derecho penal*, 82.



sustantivas penales que delimiten los criterios de autoría y participación. Mientras, por otro lado, para el Poder Judicial, se plasma en la aplicación racional y coherente de las normas sustantivas penales emitidas por el Poder Legislativo; en otras palabras, la aplicación irrestricta al principio de legalidad.<sup>164</sup>

Con referencia a los criterios sobre autoría y participación, el actuar racional y coherente del legislador ecuatoriano debe ser entendido como la delimitación de conceptos jurídicos que respondan a la realidad ecuatoriana. Además, dichos conceptos deben reflejar el racional y cotidiano uso de los conceptos comunes sobre autor y partícipe que habitualmente son usados por la sociedad, sin delimitar su aplicación a funciones políticas.<sup>165</sup> Se debe añadir que las normas sobre autoría y participación se encontraban vigentes desde 1971, que dichos preceptos normativos siguen vigentes con la *CRE* y que actualmente han sido ratificados en el *COIP* 2014, razón por la cual, se entenderían aceptados por la sociedad ecuatoriana como criterios normativos válidos –hasta que exista sentencia de inconstitucionalidad– para determinar el alcance de las normas sobre autoría y participación que delimitan los parámetros para establecer cuando las personas son responsables de la infracción penal.

Por ello, *prima facie*, encontramos que las limitaciones constitucionales para la aplicación de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados han sido superadas, siempre y cuando, su aplicación responda a criterios de racionalidad y coherencia provenientes de la aplicación de las normas sustantivas penales que permitan determinar quién es la persona –o personas– responsable del delito.

164. La aplicación irrestricta al principio de legalidad entendida, en función de la norma constitucional ecuatoriana, que posibilita al juez la utilización de un control de constitucionalidad de la normas penal sustantiva cuando considere que su texto riñe con derecho y principios establecidos en la *CRE* y que permite al ciudadano la utilización directa de garantías constitucionales para evitar la ejecución de una norma penal que considera arbitraria.

165. «[S]e niega al legislador la posibilidad de alterar los datos de realidad al construir cualquier concepto jurídico-penal, es una necesaria consecuencia que tampoco puede alterar la sustancia del concepto de autor o de partícipe en la misma. En este caso –al igual que en el de la acción– esto no obedece a que lo óntico determine la función de los conceptos penales, y menos aun los conceptos mismos, sino a que las categorías jurídico-penales, si bien tienen siempre una función política, deben ser construidas a su medida, pero con los límites que le establece la realidad, pues de lo contrario no se realizaría más que el ocultamiento de su verdadera función política. Esto no significa que la ley no pueda limitar o restringir en cierta medida el concepto de autor, pero lo que no puede hacer es recortarlo hasta reducirlo a una caricatura que no guarde semejanza alguna con los datos de la realidad. En la vida cotidiana se manejan las ideas de autor y de partícipe sin necesidad de acudir para ello a conceptos jurídicos. A diario se dice que una persona es autora de una obra, que otra cooperó en la de un tercero, o que otro decidió a alguien a emprender una tarea determinada. En los prólogos se suele agradecer a los colaboradores y a quienes le impulsaron y decidieron a escribir, y se distinguen nitidamente los roles de cada uno, sin necesidad alguna de acudir a conceptos jurídicos». Zaffaroni, *Derecho penal*, 768.

Para concluir, es preciso señalar, que la última limitación constitucional que debe ser observada se refiere al principio de legalidad o reserva de ley, que obliga a los jueces a tratar los temas de autoría mediata sobre la base de las normas sustantivas penales, razón por la cual, para que la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados pueda tener una real vigencia en Ecuador, sin afectar normas constitucionales, es necesario que la norma sustantiva penal prevea la posibilidad de sancionar penalmente a los autores mediatos que, con su dominio de la voluntad sobre el ejecutor, en función de un aparato de poder organizado, realizaron los presupuestos de hecho del tipo penal.<sup>166</sup>

## LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN APARATOS DE PODER ORGANIZADOS Y SU COMPATIBILIDAD CON LAS NORMAS PENALES DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Como se sostuvo en el capítulo primero, la teoría de Roxin sobre autoría se encuentra plasmada casi en su totalidad en la norma sustantiva penal ecuatoriana. Por ello, es necesario analizar si sus conclusiones sobre autoría, expuestas en los seis numerales<sup>167</sup> siguientes, se encuentran reconocidas por el legislador ecuatoriano.

166. En el anexo 1, pregunta f): el interlocutor refirió que la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados (AMDVAPO) es compatible con la CRE. En el anexo 2, pregunta g): el interlocutor refirió que considera la existencia de problemas de taxatividad y legalidad estricta, y hace discutible la constitucionalidad de la AMDVAPO. En el anexo 3, pregunta f): el interlocutor refirió que la constitucionalidad de la AMDVAPO es discutible, pero que se supera cualquier límite constitucional con la aplicación de estándares internacionales.

167. Por un criterio metodológico de pertinencia de los temas tratados con relación a la cuestión analizada se omitirá el tratamiento de los últimos seis numerales de las conclusiones realizadas por Roxin, debido a que, con los primeros seis numerales, se agota el tratamiento del tema de autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Los numerales que se omiten corresponden: «7. El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes. 8. La autoría mediata en los delitos de infracción de deber se caracteriza por que el obligado produce el resultado típico por medio de un no obligado. 9. La coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto. 10. Los delitos de propia mano se encuentran en el Derecho vigente como delitos de autor jurídico-penal y como delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico. 11. La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano. 12. La participación es un hecho principal cometido sin finalidad típica por principio está excluida de los delitos de propia mano, es posible en los delitos de infracción de deber y en los delitos de

1. *El autor es la figura central del suceso concreto de la acción.* La legislación penal ecuatoriana parte del presupuesto de que el autor es la figura central del suceso concreto de la acción, debido a que la norma sustantiva –art. 42 del *CP* 1971 y *COIP* 2014–, en primer lugar, delimita los criterios de autoría, para dejar en segundo lugar los criterios de participación –art. 43 del *CP* 1971 y *COIP* 2014–. Para el legislador ecuatoriano existe mayor importancia –por la graduación penológica– en la conducta realizada por el autor. Por ello, equipara en la consecuencia punitiva –pena–, ciertas conductas que estrictamente corresponden a participación y sanciona dichas conductas con las mismas penas de la autoría directa. Por estos motivos, se encuentra que la primera conclusión de Roxin se cumple en la norma sustantiva penal ecuatoriana, por cuanto el autor constituye la figura central del suceso de la acción. Al respecto, la norma sustantiva penal ecuatoriana señala:

a) *CP* 1971:

Artículo 42. Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata [...] aconsejando o instigando a otro [...] impedido o procurado impedir que se evite su ejecución [...] determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas [...] coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción [...] por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible.<sup>168</sup>

- b) *COIP* 2014: «Artículo 42. Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: 1. Autoría directa [...] 2. Autoría mediata [...] 3. Coautoría [...]».<sup>169</sup>
2. *La figura central se caracteriza por los elementos del dominio del hecho, del quebrantamiento de un deber especial o de la comisión de propia mano.* Como se analizó en el capítulo primero, los elementos de dominio del hecho se encuentran en ambos art. 42, del *CP* 1971 y del *COIP* 2014. En lo que se refiere al quebrantamiento de un deber especial de cuidado, constituye un elemento adicional para la determinación de la autoría, en ciertos delitos –delitos especiales–, situación que es compartida en el tratamiento de los delitos de propia mano –que solo pueden ser realizados por el actor directo–. Por este motivo, encontramos que la segunda conclusión

dominio se circunscribe a la suposición errónea de circunstancias fundamentadoras de dominio del hecho en la persona del ejecutor directo». Roxin, *Autoría y dominio*, 569-70.

168. *CP* 1971, art. 42.

169. *COIP* 2014, art. 42.

de Roxin se cumple en la norma sustantiva penal ecuatoriana, por cuanto, para este, la figura del autor se basa en el dominio del hecho –delitos dolosos de comisión–, quebrantamiento de un deber especial –delitos especiales– y la comisión de propia mano –delitos de propia mano–.

3. *El dominio del hecho, que en los delitos dolosos de comisión determina el concepto general de autor; presenta las manifestaciones del dominio de la acción, del dominio de la voluntad y del dominio funcional del hecho.* Como se sostuvo en el capítulo I, con referencia a los delitos dolosos de comisión, la norma sustantiva penal ecuatoriana –art. 42 del CP 1971 y COIP 2014–, parte del supuesto de que autor es la persona central en el cometimiento del hecho y reconoce que el autor directo tiene el dominio del acto –realización directa de los elementos del tipo penal– representado por el dominio de la acción. Determina que el ejecutor es quien mantiene el dominio de la acción, pero que, al no decidir sobre la realización del tipo penal, su voluntad se encuentra supeditada al dominio del autor mediato configurándose así el dominio de la voluntad. En lo que se refiere al dominio funcional del hecho, en el capítulo I se precisó que corresponde al criterio configurador de la coautoría en la ley sustantiva penal ecuatoriana. Lo analizado se encuentra representado en las normas penales de la siguiente manera:
  - a) CP 1971: 1. Autoría directa: «Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata» –dominio conjunto de la acción y del hecho–; 2. Autoría mediata: «[D]eterminada la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas» –dominio del hecho–; 3. Coautoría: «[C]oadyuvido a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción» –dominio funcional del hecho–; 4. Autoría mediata: «[P]or violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible».<sup>170</sup>
  - b) COIP 2014: 1. «Autoría directa» –dominio conjunto de la acción y del hecho–; 2. «Autoría mediata» –dominio del hecho–, y 3. «Coautoría» –dominio funcional del hecho–.<sup>171</sup>
4. *El dominio de la acción consiste en la realización del tipo final y de propia mano.* Solo quien ejecuta el acto punible tiene dominio de la acción. En los casos de autoría directa se denomina autor directo, mientras que en los casos de autoría mediata su denominación es la de ejecutor y constituye la persona que con sus propios medios realiza directamente la acción –hipó-

170. CP 1971, art. 42.

171. COIP 2014, art. 42.

tesis— prevista en el tipo penal. En ambos art. 42 del *CP* 1971 y del *COIP* 2014, se encuentra que la determinación de los parámetros de autoría se deriva de la calidad de la persona que realizó los elementos del tipo penal por sus propias manos y su relación con los demás intervinientes.

5. *El dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad, de cuatro grados, en virtud de error y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas.* La norma penal sustantiva ecuatoriana, art. 42 —*CP* 1971 y *COIP* 2014—, reconoce expresamente a la autoría mediata y por lo tanto, al dominio de la voluntad como criterio configurador de la responsabilidad del autor mediato. La propuesta de Roxin reconoce cuatro grados de autoría mediata: 1. coacción; 2. dominio de la voluntad —inimputables y jóvenes—, 3. en virtud del error, y 4. dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas. Por su parte, la norma penal sustantiva ecuatoriana recoge los siguientes tipos de autoría mediata:

a) *CP* 1971

Se reputan autores [...] los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo [...]; por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible.<sup>172</sup>

Como se indicó *supra*, el *CP* 1971 recoge los cuatro criterios de autoría expuestos por Roxin, cuando señala que se reputan autores quienes han determinado la perpetración del delito —autor mediato— y efectuándolo valiéndose de otras personas —ejecutor o autor inmediato—, imputables o no imputables —dominio de la voluntad de inimputables y jóvenes—, mediante orden o cualquier otro medio fraudulento y directo —dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas—, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo obligan a otro a cometer el acto punible —coacción—. En lo que se refiere al caso de error, la determinación de la autoría mediata se encuentra en la prescripción de «se reputan autores quienes han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas»,<sup>173</sup> bajo dicha prescripción genérica nos queda determinar

172. *CP* 1971, art. 42.

173. *Ibid.*

los casos en que el autor mediato valiéndose de otra persona, que sin conocimiento –error– de que su conducta viola un bien jurídico penalmente protegido, ejecuta el acto por determinación del autor mediato, quien es la persona que tiene el conocimiento real de que se incurre en el tipo penal.

b) *COIP* 2014

Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: [...] 2. Autoría mediata: [...] b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto. c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.<sup>174</sup>

Como se puede observar, el *COIP* 2014 reconoce los cuatro criterios de autoría expuestos por Roxin, cuando señala que responderán como autoras las personas que ordenen la comisión de la infracción –autor mediato–, valiéndose de otra u otras personas –ejecutor o autor inmediato–, imputables o no –dominio de la voluntad de inimputables y jóvenes–, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, «orden o cualquier otro medio fraudulento directo» –dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas–. Además señala que serán autores mediatos quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción –coacción–. En lo que se refiere al caso de error, la determinación de la autoría mediata se encuentra en la prescripción de incluir como autores a quienes se han valido de otras personas para el cometimiento de la infracción utilizando un medio fraudulento indirecto, dentro de la cual incurre el supuesto de error cuando el agente desconoce que su conducta viola un bien jurídico protegido penalmente. Con relación al tema de estudio, lo importante del razonamiento expuesto, es la puntualización de que la norma penal sustantiva ecuatoriana –art. 42, *CP* 1971 y art. 42, *COIP* 2014–, reconoce como uno de los criterios de autoría mediata al dominio de la voluntad en estructuras de poder organizadas, prescrita como «una orden o cualquier otro medio fraudulento directo».<sup>175</sup>

174. *COIP* 2014, art. 42.

175. En el anexo 1, pregunta e): el interlocutor refirió que en su opinión es posible utilizar parámetros de autoría mediata para judicializar los casos de violaciones de derechos humanos investigados por la Comisión de la Verdad del Ecuador (CVE) 2010. En el anexo 3, pregunta

En este momento cabe hacer una precisión que compete a ambos art. 42 –CP 1971 y COIP 2014–. La conclusión del reconocimiento del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas deviene de la emisión por parte del superior de una orden –directa, expresa, informal, encubierta o darse por sentada–, en dicho caso, de cumplirse todos los requisitos expuestos anteriormente, la calificación doctrinal corresponde a la de autor mediato por dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas, pero dicha calificación es un calificación doctrinal desarrollada por Roxin sobre la base de una norma diferente a la contenida en ambos art. 42 –CP 1971 y COIP 2014–, dicha norma es el num. 1 del párr. 25 del *Código Penal* alemán, que textualmente señala: «Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro».<sup>176</sup> Por lo tanto, la construcción doctrinal de Roxin tiene como materia prima esta norma sustantiva alemana, no las normas sustantivas ecuatorianas.

La relación entre las normas sobre autoría ecuatorianas –art. 42 CP 1971 y COIP 2014–, y la construcción dogmática de Roxin es una relación inversa, debido a que, como se ha justificado en el presente trabajo, incluso hasta por su año de elaboración –1971–, las normas sobre autoría ecuatorianas recogen de una forma desordenada la propia construcción doctrinal de Roxin y por lo tanto lo que hacen es positivizarla en una norma sustantiva.<sup>177</sup>

Por este motivo, en Ecuador, es necesario aplicar primero la norma sustantiva –art. 42, CP 1971 y COIP 2014– y utilizar la doctrina como una herramienta interpretativa. En consecuencia, la equivalencia positiva del legislador ecuatoriano para la persona que doctrinariamente ha sido catalogada por Roxin como «autor mediato por dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas», se la encuentra en dos conductas del art. 42 CP 1971:

f): el interlocutor refirió que según su opinión la autoría mediata es el mecanismo idóneo para responsabilizar a ciertas personas por su participación en los casos de violaciones de derechos humanos investigados por la CVE 2010.

176. Universidad Externado de Colombia, *Código penal alemán*, trad. por Claudia López Díaz (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999).

177. En el anexo 1, pregunta c): el interlocutor refirió que los parámetros de imputación establecidos en el art. 42 del CP 1971 son suficientes para juzgar los casos de violaciones de derechos humanos investigados por la CVE 2010. En el anexo 2, pregunta d): el interlocutor refirió que los parámetros de imputación establecidos en el art. 42 del CP 1971 no cumplen con todos los parámetros de taxatividad necesarios. En el anexo 3, pregunta d): el interlocutor refirió que los parámetros de imputación establecidos en el art. 42 del CP 1971 no son suficientes para juzgar los casos de violaciones de derechos humanos investigados por la CVE 2010, por cuanto se trata de un tema de macrocriminalidad estatal (ver anexos).

- *La persona que ha perpetrado la infracción valiéndose de otra persona imputable mediante orden.* Como podemos observar, esta prescripción no corresponde a los casos de: 1. Autoría mediata por coacción, por cuanto no se exige que el ejecutor se encuentre coaccionado y sencillamente puede excusarse de realizar la conducta; 2. De dominio de la voluntad –inimputables y jóvenes–, debido a que, la norma habla de «persona imputable»; 3. Autoría mediata en virtud del error, ya que el agente conoce de la orden y su ilegalidad; razón por la cual, el único caso en que se la puede catalogar es «el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas», en relación con que, el legislador ecuatoriano al hablar de orden restringe la conducta a un autor mediato jerárquicamente superior al ejecutor, quien debe tener la autoridad suficiente para emitir dicho mandato. En el caso de la coautoría, encontramos que esta no se configura, por cuanto el legislador ecuatoriano señala que el autor mediato «se vale o utiliza» al ejecutor, situación que excluye el dominio funcional del hecho.

Como se ha analizado *supra* la doctrina sirve como una herramienta interpretativa de la legislación penal ecuatoriana, lo que nos obliga a observar detenidamente el art. 42 del CP 1971 que, a diferencia del Código Penal alemán, incluyen una exigencia normativa específica para los casos en los cuales, el autor mediato ha emitido una orden. Así, la norma ecuatoriana dispone que la existencia de una orden expresa del superior corresponde a un caso de autoría del sujeto de detrás –art. 42 del CP 1971 y del COIP 2014– siempre que la orden ha sido ejecutada por el autor inmediato o por lo menos ha existido tentativa punible. Por lo tanto, sin dejar de constituir dominio de la voluntad en virtud de maquinaria de poder organizadas –calificación doctrinal–, al existir una prescripción normativa específica en la norma sustantiva penal, los requisitos para que concurra la responsabilidad del autor mediato cuando existe orden directa y expresa se limitan a tres: a) un autor mediato –mandos superiores y medios–; b) un autor inmediato, y c) una orden directa y expresa.

Sin embargo, la jurisprudencia internacional y la doctrina reconocen que la orden también puede ser «informal, encubierta o darse por sentada».<sup>178</sup> En dicho caso es necesario delimitar el alcance del significado de orden informal, encubierta o que se da por sentada, para lo cual, será preciso recurrir a una forma racional que permita solventar dos inconvenientes: el primero es dejar en la impunidad a los autores mediatos que emitieron órdenes informales, encubiertas o que se dieron

178. Ambos, «Trasfondos políticos», 77.



por sentadas; mientras que el segundo es extender la imputación en calidad de autores mediatos a personas que no participaron en calidad de sujetos de detrás. La forma de solventar este inconveniente es acudir a los requisitos de autoría mediata por domino de la voluntad en aparatos de poder organizados expuestos y analizados *supra*, elementos que permiten configurar de una forma racional las circunstancias precisas, dentro de las cuales se debe considerar la existencia de órdenes informales, encubiertas o que se dieron por sentadas, que devendrá de los objetivos de la organización y de la posición que ocupaba el autor mediato dentro de dicha estructura. Con lo cual se logra adicionar a la norma penal ecuatoriana un criterio interpretativo reconocido por la jurisprudencia internacional y por la doctrina que permite restringir a casos específicos la aplicación de la autoría mediata cuando la orden ha sido informal, encubierta o que se da por sentada, disminuyendo el peligro de extender la responsabilidad a personas que no participaron en la cadena de mando –mandos superiores y medios– de la organización; o que, por otro lado, quedarían impunes al pretender el mismo estándar probatorio –prueba directa– que para la órdenes directas y expresas, cuando fueron miembros de dicha cadena de mando –mandos superiores y medios– y, en calidad de sujetos de detrás, colaboraron con el cumplimiento de los objetivos de la organización emitiendo órdenes informales, encubiertas o que se dieron por sentadas; en este segundo caso es preciso recurrir a criterios de prueba indiciaria.

- *La persona que ha perpetrado la infracción valiéndose de otra persona mediante un medio fraudulento directo diferente a la orden.* En este caso, la conducta se sitúa dentro de los casos de autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas, debido a que, si bien no se exige una orden específica por parte del superior, el medio fraudulento y directo constituye los objetivos mismos de la organización jerárquicamente estructurada. Por lo tanto, la conducta del agente responde a una prescripción general de la estructura de la organización de la cual es responsable el autor mediato. Criterio que viene a complementar lo manifestado *supra* para el caso de la orden informal, encubierta o que se da por sentada. Por ello, en el caso de los miembros del aparato de poder organizado que regentaron el «poder de mando» de la organización, el medio fraudulento directo o indirecto se deriva de los objetivos del aparato de poder organizado que delimitan el actuar de los autores inmediatos –ejecutores– sobre la base de parámetros generales de actuación de todo el aparato de poder organizado dispuestos por los mandos superiores y que son de obligatorio cumplimiento por los mandos medios y los ejecutores.

Cabe señalar que los requisitos expuestos para que concurra la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, constituyen una limitación adicional de interpretación de la norma sustantiva penal, que buscan, restringir la aplicación de dicha norma a casos específicos, siempre que se demuestre que, por parte de los autores mediatos, concurrió la existencia de órdenes –directas, expresa, informal, encubierta o darse por sentada–, o cualquier otro medio fraudulento directo –objetivos o finalidad de la organización– que permitan sostener su dominio de la voluntad sobre los autores inmediatos –ejecutores–.<sup>179</sup> Para el *COIP* 2014, en el art. 42, se aplica un criterio similar por cuanto la norma prescribe las mismas conductas analizadas, con pequeños cambios gramaticales que no alternan su sentido, así: «Responderán como autoras las personas quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto» (énfasis añadido).

6. *El dominio del hecho funcional, que expresa el contenido de la línea directriz de la coautoría, se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva.* El dominio del hecho funcional se resume en una cooperación en la división de trabajo por parte de los intervinientes, quienes dominan, como cooperadores, el acontecer global de forma conjunta en la fase ejecutiva del delito. Como se analizó en el capítulo primero Roxin basa el tratamiento de la coautoría en el dominio funcional del hecho, que es recogido por el legislador ecuatoriano al momento de catalogarlo en la norma. Los criterios de coautoría se encuentran expuestos en la norma penal sustantiva ecuatoriana –art. 42, *CP* 1971 y *COIP* 2014– y que, como se analizó supra, corresponden a la cooperación directa en la fase ejecutiva del injusto propio: «Se reputan autores [...] los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción»,<sup>180</sup> y «[c]oautoría: [q]uienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción».<sup>181</sup> Como se puede observar, los criterios

179. En el anexo 4, el interlocutor se refirió a que la doctrina de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados expuesta por Claus Roxin, se encuentra plasmada en la redacción del art. 42 del *CP* 1971, razón por la cual, haciendo uso de los principios de jerarquía normativa, es necesario aplicar directamente la citada norma a los casos investigados por la CVE 2010, debido a que, en la práctica judicial, la norma ecuatoriana suple la necesidad de hacer una referencia expresa a la teoría del profesor Roxin.

180. *CP* 1971, art. 42.

181. *COIP* 2014, art. 42.

legales de la norma sustantiva penal ecuatoriana que delimitan la coautoría tienen su base en el dominio del hecho funcional.

Una vez que se ha analizado los seis numerales expuestos por Roxin es posible señalar que la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados efectivamente se encuentra recogida en la norma sustantiva ecuatoriana –art. 42, *CP* 1971 y *COIP* 2014–, hecho que acredita su compatibilidad con las demás normas penales internas y con la *CRE*.<sup>182</sup>

### VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS INVESTIGADAS POR LA COMISIÓN DE LA VERDAD DEL ECUADOR (2010) ENTRE LOS AÑOS 1984 Y 1988

Se ha considerado necesario remitir la investigación a un período específico que permitirá identificar casos concretos dentro de los cuales la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados podría ser aplicada. Una vez examinado el informe de la CVE 2010 la presente investigación se centrará en analizar el «Tomo 3: Relatos de casos. Período 1984-1988» donde se describen sistemáticamente sesenta y siete (67) casos de violación de derechos humanos, que reúnen un total de trescientas veinte (320) víctimas de delitos cometidos por miembros de las agencias ejecutivas ecuatorianas.

Los actos cometidos por los miembros de las agencias ejecutivas del Estado ecuatoriano se pueden resumir en cinco categorías: 1. tortura; 2. desaparición forzada de personas; 3. privación ilegal de la libertad; 4. ejecución extrajudicial, y 5. violencia sexual.

La CVE 2010 identificó que, durante el período de los años 1984 a 1988, existieron violaciones de derechos humanos «frecuentes y repetitivas en su *modus operandi*»,<sup>183</sup> situación que permitió, luego de un exhaustivo análisis fáctico y jurídico, determinar la concurrencia de cinco elementos característicos: 1. ataque; 2. generalizado; 3. sistemático; 4. contra la población civil, y 5. conocimiento del ataque.<sup>184</sup> Estos elementos hicieron factible concluir que las violaciones de dere-

182. En el anexo 1, pregunta g): el interlocutor refirió que la AMDVAPO no atenta contra ninguna norma ecuatoriana. En el anexo 2, pregunta h): el interlocutor refirió que en relación con la compatibilidad de la AMDVAPO con las normas sustantivas ecuatorianas podría existir dificultad debido a que el Código sustantivo habla de autoría, complicidad y encubrimiento. En el anexo 3, pregunta h): el interlocutor refirió que no existe confrontación entre la AMDVAPO y las demás normas ecuatorianas.

183. Comisión de la Verdad del Ecuador (CVE 2010), *Sin verdad no hay justicia* (Quito: Ediecuatorial, 2010), 2: 371.

184. *Ibíd.*

chos humanos cometidas en el período entre los años 1984 y 1988 constituyen «delitos de lesa humanidad».

Es importante señalar que las conductas punibles catalogadas como crímenes de lesa humanidad tienen como objetivo directo la afectación de la población civil. Se debe entender como población civil «aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia. Lo determinante no debe ser el estatus formal, como la pertinencia a determinadas fuerzas o unidades armadas, sino el rol efectivo en el momento de la comisión delictiva».<sup>185</sup> La definición de población civil es entendida en un contexto amplio, debido a que representa a cualquier grupo de personas que se encuentran unidas por ciertas características comunes, como lo señala Gerhard Werle:

Los crímenes contra la humanidad se dirigen contra cualquier población civil (*any civilian population*) y no solo contra individuos. El término «población civil» incluye a cualquier grupo de personas que se encuentran unidas por unas características comunes, que le hace ser objeto del ataque; una característica de este tipo puede ser, por ejemplo, el hecho de cohabitar en una determinada región. Sin embargo, esto no significa que toda la población de un Estado o de un territorio deba verse afectada por el ataque. Lo que se quiere poner de relieve es el carácter colectivo del crimen y la exclusión de los ataques contra personas individuales y de los actos aislados de violencia.<sup>186</sup>

Una vez se ha clarificado el concepto de población civil es preciso señalar que el ataque generalizado y/o sistemático corresponde a:

### 1. Ataque

[E]l elemento «ataque» describe una línea de conducta (*course of conduct*), en la que se deben integrar los hechos individuales. Esta línea de conducta debe implicar la «comisión múltiple» de los actos mencionados en el art. 7.1 del Estatuto de la CPI («línea de conducta que implique la comisión de múltiples actos, *course of conduct involving multiple commission of acts*). [...] Una comisión múltiple existe tanto cuando se comete en varias ocasiones una misma acción típica como cuando se cometen distintas alternativas típicas. Para ello no se requiere que un mismo autor actúe en todos los casos. Más bien, un «único» asesinato (*single act*) puede ser constitutivo de un crimen contra la humanidad cuando este hecho individual forme parte de la relación funcional de conjunto.<sup>187</sup>

185. Gerhard Werle, *Tratado de derecho penal internacional*, 2a. ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 472.

186. *Ibid.*, 470.

187. *Ibid.*, 475.

## 2. Generalizado

[E]l carácter de generalizado (widespread) del ataque es un elemento cuantitativo del hecho global. La generalidad del ataque se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas [...]. La generalidad del ataque puede derivarse también de su extensión sobre un ámbito geográfico amplio, aunque esto no es imprescindible para que se dé este requisito. El ataque generalizado puede incluso consistir en una sola acción cuando esta tiene como víctima a un gran número de personas civiles.<sup>188</sup>

## 3. –Y/o– Sistemático

Por último la «clasificación del ataque como <sistemático> es de naturaleza cualitativa. Se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y sirve para excluir del ámbito del crimen los hechos aislados».<sup>189</sup>

Una vez se ha puntualizado los elementos que configuran los delitos de lesa humanidad, procede anotar que la base jurídica en que la CVE 2010 basó la calificación de las conductas perpetradas por las agencias ejecutivas ecuatorianas entre los años 1984 a 1988, como delitos de lesa humanidad reposa en los siguientes instrumentos:

[L]a jurisprudencia aportada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR), así como también en las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Por otro lado, se llevó a cabo una investigación doctrinaria tomando en cuenta a influyentes tratadistas sobre la materia, tanto europeos como de Norte y Sudamérica. También se tuvieron en cuenta directrices tomadas de importantes instrumentos internacionales de derechos humanos, derecho humanitario y derecho penal internacional.<sup>190</sup>

## CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS INVESTIGADAS POR LA COMISIÓN DE LA VERDAD DEL ECUADOR 2010 ENTRE LOS AÑOS 1984 Y 1988

Como se expresó en el apartado anterior, la CVE 2010 efectuó una calificación jurídica de las conductas realizadas por las agencias ejecutivas ecuatorianas durante el período comprendido entre 1984 y 1988 como «delitos de lesa humanidad». Más allá de su calificación gramatical, lo importante, para el tema tratado,

188. *Ibid.*, 477.

189. *Ibid.*, 477-8.

190. CV, *Sin verdad*, 2:371.

se centra en dos aspectos fundamentales: a) La fundamentación jurídica, y b) Los efectos de la calificación como «delitos de lesa humanidad».

- a) *La fundamentación jurídica.* Con referencia al primer elemento, es necesario indicar que la CVE 2010 es muy cuidadosa al exponer que la calificación de los hechos investigados, durante el período comprendido entre 1984 y 1988, corresponde a «delitos de lesa humanidad», en función de los siguientes criterios: 1. Jurisprudencia aportada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY); 2. Jurisprudencia aportada por Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR); 3. Decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; 4. Doctrina; 5. Instrumentos internacionales de derechos humanos, derecho humanitario y derecho penal internacional.

Esta calificación tiene como base normas y principios de derecho internacional público en materia de derechos humanos, jurisprudencia de la Corte Penal Internacional –Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional para Ruanda–, decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos, doctrina e instrumentos internacionales de derechos humanos, derecho humanitario y derecho penal internacional. Si se toma la categorización de las fuentes del derecho –internacional público– utilizadas por la CVE 2010, se puede señalar, *prima facie*, que su análisis es correcto, siempre y cuando se determine responsabilidades internacionales del Estado ecuatoriano frente a la comunidad internacional y a los organismos de derechos humanos. Situación que se desprende de los propios lineamientos generales de la labor realizada por la CVE 2010, que se pueden resumir:

Las funciones de la Comisión consistieron en:

- a) Establecer canales de comunicación y mecanismos de participación de la población, especialmente de la que fue afectada por la violencia.
- b) Gestionar ante el Ministerio de Gobierno las medidas de seguridad para las personas que, a criterio de la Comisión, se encuentren en situación de amenaza a su vida o integridad personal.
- c) Entrevistar y recopilar información de cualquier persona en el país o en el exterior, de cualquier autoridad, funcionario o servidor público que se considere pertinente, así como tener acceso a cualquier archivo que se encuentre protegido con el carácter de confidencial o de seguridad nacional.
- d) Practicar visitas, inspecciones o cualquier otra diligencia que se considere pertinente. Para tal efecto, la Comisión de Verdad podrá contar con el apoyo de peritos y expertos para llevar adelante sus labores.
- e) Realizar audiencias y diligencias que estime conveniente en forma pública y/o reservada y garantizar la reserva de la identidad de quienes le proporcionen información importante o participen en las investigaciones.

- f) *Facilitar los mecanismos e información para lograr que las personas involucradas como presuntas responsables en pasadas violaciones de los derechos humanos sean sometidas a los procesos judiciales y las sanciones debidas por los organismos competentes.*
- g) *Elaborar propuestas de reparación y dignificación de las víctimas y de sus familiares.*
- h) *Manejar la información de los testimonios y documentos de manera reservada (art. 4º), (énfasis añadido).<sup>191</sup>*

Como se puede observar, no le correspondía a la CVE 2010 realizar una calificación en materia penal de los actos investigados y referidos en su informe; por ello, no se hizo una referencia a los tipos penales prescritos en la legislación sustantiva penal ecuatoriana que se encontraban vigentes a la fecha del cometimiento de los actos investigados (*CP* 1971). Por tanto, su análisis específico excluye criterios sustantivos penales y de legalidad que, en el tratamiento del tema analizado, constituyen los lineamientos fundamentales del ejercicio del poder punitivo por parte de la administración de justicia ecuatoriana.

En Ecuador, la calificación expresa de los actos como delitos debe encontrarse en la norma sustantiva penal, en cumplimiento del principio de legalidad representado por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>192</sup> que, para el caso analizado, responde a: 1. Garantía criminal. El delito se halle determinado en la ley *—nullum crimen sine lege—*; 2. Garantía penal. La ley determine la pena que corresponda *—nulla poena sine lege—*. Con respecto a la norma jurídica propiamente dicha *—lege—*,<sup>193</sup> que va a ser apli-

191. CVE 2010, *Sin verdad no hay justicia*, vol. 1, 14.

192. «Garantías del principio de legalidad: A) Por una parte, se distinguen los siguientes aspectos del principio de legalidad: una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial, y una garantía de ejecución. La garantía criminal exige que el delito (crimen) se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*). La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*). La garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. La garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule. Estas distintas garantías también deben exigirse respecto a las medidas de seguridad y sus presupuestos». Mir Puig, *Derecho penal*, 115-6.

193. B) Por otra parte, se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que debe ofrecer las garantías anteriores. Pueden clasificarse en torno a la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. a) Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales más favorables, que vienen a suprimir algún delito o a atenuar su pena. [...] b) Con la exigencia de una *lex scripta* queda, desde luego, excluida la costumbre como posible fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita,

cada, el principio de legalidad exige la existencia de: a) *Lex praevia*. Corresponde la irretroactividad de la norma penal y se refiere a un criterio de temporalidad espacial de la norma, por ello, para que una norma sea válida debe haberse dictado antes del cometimiento de los hechos juzgados;<sup>194</sup> b) *Lex scripta*. Es necesaria la existencia de una ley sustantiva penal emitida por autoridad competente –Poder Legislativo–;<sup>195</sup> y c) *Lex stricta*. Constituye el mandato de optimización, por ello, la ley debe ser lo suficientemente clara como para que las personas distingan que conducta se encuentra prohibida por el legislador y la pena. Además se limita la posibilidad de realizar una analogía *in malam partem*.<sup>196</sup>

Sobre la base de lo expuesto, es preciso señalar que los fundamentos jurídicos que catalogan como delitos de lesa humanidad a los actos investigados por la CVE 2010 durante el período comprendido entre 1984 y 1988, por sí solos, no corresponden criterios válidos para la calificación de dichos actos como delitos de lesa humanidad, dentro de un proceso penal interno en Ecuador, debido a que:

1. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) se constituyó por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como se desprende del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, de 25 de mayo de 1993,<sup>197</sup> y se limitó a conocer las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia a partir de 1991 en adelante.
2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se constituyó por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como se desprende del *Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda*,<sup>198</sup> Resolución 955, S/

sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo. [...] c) El tercer requisito, de *lex stricta*, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía *in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado «mandato de determinación», que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear [...]. *Ibid.*, 116-7.

194. *Ibid.*

195. *Ibid.*

196. *Ibid.*

197. Tras haber sido establecido por el Consejo de Seguridad en virtud de lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 (en adelante «el Tribunal Internacional») se regirá por las disposiciones del presente Estatuto. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, 25 de mayo de 1993, Resolución 827.

198. Tras haber sido establecido por el Consejo de Seguridad en virtud de lo dispuesto en el cap. VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los



RES/955 (1994), y se limitó a conocer los enjuiciamientos de los responsables de genocidios y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario, cometidas en el territorio de Ruanda entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

3. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos tiene como base la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969,<sup>199</sup> que determinó la obligatoriedad de que los Estados partes –incluido Ecuador– de adecuar su norma interna a lo prescrito por la Convención,<sup>200</sup> además de respetar las normas internacionales prescritas, pudiendo determinarse responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano –por acción u omisión– de las normas y resoluciones cuando se ha verificado violaciones a los derechos humanos.
4. Doctrina. la doctrina constituye una fuente secundaria del derecho penal, que se encuentra bajo la norma penal sustantiva –fuente primaria–, por ello, no constituye un criterio válido, dentro del proceso penal para calificar los actos investigados por la CVE 2010, pero sí se puede utilizar como criterio interpretativo de la ley penal sustantiva.
5. Instrumentos internacionales de derechos humanos, derecho humanitario y derecho penal internacional. Si bien el informe de la CVE 2010 hace una extensa relación a normas internacionales sobre derechos humanos, derecho humanitario y derecho penal internacional, es necesario limitar su análisis al Estatuto de Roma, debido a que, constituye la base fundamental de la calificación como «delitos de lesa humanidad» de los actos investigados CVE 2010. El Estatuto de Roma entró en vigencia en Ecuador luego de su publicación en el Registro Oficial 506 de 31 de enero de 2002 y corresponde a un conjunto de normas que determinan la parte sustantiva y adjetiva de la Corte Penal Internacional como organismo competente para conocer los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.<sup>201</sup>

Como se puede observar, los criterios utilizados por la CVE 2010 para catalogar a los actos como delitos de lesa humanidad, no calzan dentro

presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 (en delante «el Tribunal Internacional para Ruanda») se registró por las disposiciones del presente Estatuto. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda*, 8 de noviembre de 1994, Resolución 955, S/RES/955 (1994).

199. OEA, *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, 7-22 de noviembre de 1969, B-32.
200. «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». *Ibid.*, art. 2.
201. ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 de julio de 1998, A/CONF.183/9.

de las condiciones necesarias en materia penal interna del Ecuador, por cuanto, en primer lugar, la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y la doctrina no reúnen los requisitos para ser catalogadas como *lege*, y con ello, se hace innecesario analizar el resto de elementos que conforman el principio de legalidad, ya que, si no constituyen una decisión del legislador ecuatoriano, no pueden ser utilizados para determinar una conducta punible por sí solos. En segundo lugar, los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho humanitario sí podrían catalogarse como *lege* –en un sentido extenso–, por cuanto, para su aprobación y puesta en vigencia participó directamente el legislador ecuatoriano, pero, en el caso que nos ocupa, no tipifican ninguna conducta como delito ni tampoco imponen una pena; por lo tanto, no sobrepasan la exigencia de *lex scripta* y *lex stricta*.

En tercer lugar, encontramos a las normas de derecho penal internacional, dentro de las cuales, se debe realizar una división en dos grupos:

1. *Estatuto de Roma*, cuyo art. 7 señala expresamente las conductas que deben ser entendidas como «crímenes de lesa humanidad», pero, además, expresamente señala, en su art. 24, que: «Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor».<sup>202</sup> Por lo tanto, cualquier intención de aplicación directa del Estatuto de Roma se diluye en la limitación de *lex praevia*, por cuanto, los actos investigados por la CVE 2010 ocurrieron entre los años 1984 y 1988, mientras que el Estatuto de Roma entro en vigencia, en Ecuador, con su publicación en el Registro Oficial el 31 de enero de 2002. Sin mencionar otros elementos que impiden la utilización del Estatuto de Roma como norma sustantiva penal directa.
2. Normas penales internacionales vigentes en Ecuador, entre los años 1984 y 1988. Corresponden tres instrumentos internacionales relevantes: a) Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 95 (I), de 1946, *Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg*;<sup>203</sup> b) El Estatuto

202. *Ibid.*

203. «La Asamblea General, Reconoce la obligación que tiene, de acuerdo con el inciso (a) del párrafo 1 del artículo 13 de la Carta, de iniciar estudios y hacer recomendaciones con el propósito de estimular el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación: Toma nota del Acuerdo para establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, y del Estatuto anexo al mismo, así como del hecho de que principios similares han sido adoptados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de

to del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 1945,<sup>204</sup> y c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1969.<sup>205</sup> En función de los instrumentos internacionales citados se encuentra que, en 1969, Ecuador reconoció el principio de legalidad constante en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga al Estado a sancionar conductas que, al momento de cometerse, se consideren delitos en función de su normativa nacional o internacional, situación que posibilita encontrar una norma de carácter internacional que califique la conducta como delito internacional cuando no exista dicha calificación en la legislación interna. Al ser reconocidos por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 95 (I), de 1946,

guerra en el Lejano Oriente, promulgados en Tokio el 19 de enero de 1946. Por lo tanto, conforma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho Tribunal; da instrucciones al Comité de Codificación de Derecho Internacional, establecido por resolución de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946, para que trate como, un asunto de importancia primordial los planes para la formulación, en una codificación genera de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y en las sentencias de dicho Tribunal». *Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg*. 11 de diciembre de 1946. A/RES/95(I).

204. «Artículo 6. El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones: Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal: [...] c) Crímenes contra la humanidad. A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron. Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan». Gobierno de los Estados Unidos de América, Gobierno Provisional de la República Francesa, Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*, 6 de octubre de 1945, acceso: 20 de mayo de 2014, <[http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto\\_del\\_tribunal\\_militar\\_internacional\\_de\\_nuremberg.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf)>.

205. «Artículo 15.1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, Resolución 2200 A (XXI).

los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg, se abrió la puerta para calificar a las conductas atentatorias contra los derechos de las personas como «crímenes contra la humanidad», en función de las normas internacionales descritas, denominación que actualmente se reconoce como «delitos de lesa humanidad». La aplicación de las normas de derecho penal internacional vigentes a la fecha de los actos investigados por la CVE 2010 posibilita la calificación jurídica penal como «delitos de lesa humanidad».

Sin embargo, esta sola calificación no es suficiente para que concurran todos los elementos necesarios para solventar los requerimientos del principio de legalidad. Debido a que, si bien, cumple con los elementos de *lege* –sentido extenso–, *lex praevia* –normas internacionales anteriores a los actos–, no es convincente en cuanto a la *lex scripta* –ley sustantiva penal emitida por el legislador ecuatoriano– y la *lex stricta* –conducta expresamente prohibida y pena aplicable–.

Estos últimos criterios –*lex scripta* y *lex stricta*– son salvados si se modifica el enfoque que dio la CVE 2010 al calificar las violaciones de derechos humanos desde las normas internacionales y la se la enfoca desde la norma penal sustantiva y los principios de derecho penal interno. Para el derecho penal, lo importante en un primer momento no es la calificación jurídica de los actos investigados por la CVE 2010, sino los actos mismos –como fenómeno fáctico–. Lo relevante constituye en que dichos actos se puedan subsumir a las hipótesis de la norma penal sustantiva ecuatoriana vigente a la fecha de los hechos –CP 1971– y vigente a la fecha de su juicio –COIP 2014–; en este sentido, es preciso señalar que la equivalencia entre los tipos penales y las conductas investigadas por la CVE 2010, dependerá directamente de los tipos penales acusados por la Fiscalía en cada caso concreto y su adecuación a los elementos que los configuran como delito de lesa humanidad, sobre la base de las normas internacionales analizadas. Para clarificar lo sostenido es preciso realizar un análisis gramatical, debido a que la norma internacional califica las conductas como «delitos de lesa humanidad» y no como «actos de lesa humanidad». Por ello, el ejercicio subsuntivo de los criterios para determinar cuándo un delito merece el calificativo de «delitos de lesa humanidad» debe realizarse en función del injusto penal –acto, típico y antijurídico– y no solo de su primer elemento –acto–. Por lo tanto, la calificación de un delito como delito de lesa humanidad deberá ser realizada, por el juez competente, en relación no solo con el acto investigado –como fenómeno humano activo u omisivo–, sino del injusto acusado, como construcción lógica sustantiva penal. Esta calificación –delito de lesa humanidad– deberá ser realizada una vez que se demuestre la existencia de un injusto penal sobre la base de la legislación

penal vigente en Ecuador a la fecha de cometimiento de la conducta –entre 1984 y 1988–. Una vez realizado este ejercicio mental, el juzgador deberá verificar –en todo el contexto– si dicho injusto –en relación con otros injustos– constituyó un ataque generalizado y/o sistemático contra la población civil, para concluir si la conducta, típica y antijurídica que se imputó y que fue cometida en Ecuador entre 1984 y 1988 constituyó un delito de lesa humanidad.

Con ello se logra que las exigencias del principio de legalidad –*nullum crimen, sine lege, nulla poena sine lege, lex praevia, lex scripta y lex stricta*–, no se vean afectadas, por cuanto, no se realiza una aplicación directa y arbitraria de las normas de derecho internacional, ya que estas no afectan al tipo penal, ni en su parte objetiva, ni en su parte sustantiva y, por lo tanto, la labor del juez solo se limita a subsumir la conducta a la hipótesis del tipo penal interno acusado, en complemento con las normas internacionales de protección de derechos humanos señaladas, que se posicionan fuera del tipo penal.

- b) *Efectos de la calificación como delitos de lesa humanidad*. Resumiendo lo analizado en el apartado anterior, se puede señalar que las normas internacionales vigentes al momento del cometimiento de los actos investigados por la CVE 2010, no modifican de forma alguna los tipos penales internos vigentes a la fecha del cometimiento de los hechos. Por tanto, la judicialización de los casos expuestos por la CVE 2010 debe realizarse en estricto cumplimiento de las normas sustantivas penales internas –tipos penales y normas sobre autoría y participación–. Sin embargo, esta situación conlleva otro problema que también se relaciona con el principio de legalidad y se refiere a la prescripción de la acción penal. Por ello, si nos limitamos a aplicar las normas sustantivas penales internas del Ecuador, encontramos que los delitos se encuentran prescritos.<sup>206</sup>

He aquí la importancia de las normas internacionales y la calificación adecuada de los actos investigados como delitos de lesa humanidad, debido a que, dicha denominación, bien fundamentada, permite la aplicación directa de principios de derecho internacional público, en especial normas de *ius cogens*.

206. «Artículo 101. Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la Ley señala. En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen: tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento. En los delitos de acción pública, de no haber enjuiciamiento, la acción prescribirá en diez años en tratándose de infracciones reprimidas con reclusión, y en cinco años en tratándose de infracciones reprimidas con prisión. En ambos casos el tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada». CP 1971, art. 101.

En este punto cabe remitirse al «Preámbulo» de la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*,<sup>207</sup> —entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970—, que recoge cada uno de los principios de derecho internacional público vigentes —entre 1984 y 1988— aplicables a los injustos derivados del informe de la CVE 2010, que se resumen en:

las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el fallo de este Tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de apartheid, por otra,

Recordando las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXI) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad,

Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo,

Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves,

Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales,

Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes,

Reconociendo que es necesario y oportuno *afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención*, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal, Conviene[n] [...].<sup>208</sup> (énfasis añadido)

207. ONU, *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, 26 de noviembre de 1968, Resolución 2391 (XXIII).

208. *Ibíd.*

Como se puede observar, la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* se limita a afirmar –positivizar– en el derecho internacional el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad, razón por la cual, su función es contener de forma positiva un principio de *ius cogens* existente con anterioridad a su entrada en vigor –11 de noviembre de 1970–. Este principio internacional de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad tiene como fundamento los instrumentos internacionales enumerados en el preámbulo de la citada convención, que eran de obligatorio cumplimiento para Ecuador en el período comprendido entre 1984 y 1988, por ser miembro de las Naciones Unidas desde el 21 de diciembre de 1945.

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad no ha sido ratificada por Ecuador, razón por la cual, su aplicación directa como norma positiva queda vetada; sin embargo, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad que se recogen en ella constituyen una norma de *ius cogens* que se encontraban vigentes en el derecho internacional a la fecha de su entrada en vigor –11 de noviembre de 1970–.

La existencia de una norma internacional de *ius cogens* –jerárquicamente superior al *Código Penal* del Ecuador– que expresamente reconoce la imprescriptibilidad de la persecución y juzgamiento de los delitos de lesa humanidad, permite solventar la última limitación del principio de legalidad, que corresponde a la prescripción de la acción penal.

La aplicación directa de los principios de derecho internacional derivados de los documentos señalados en el preámbulo de la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, limitan exclusivamente la aplicación de las normas sustantivas penales sobre la prescripción de la acción penal en el sistema jurídico ecuatoriano; por lo tanto, no influye sobre la delimitación de los tipos penales propios del Ecuador que se encuentran en los códigos penales –CP 1971 y COIP 2014–, con ello se deja intacta la delimitación de la conducta punible –tipo y pena–. Por lo tanto, con la calificación jurídica de los actos judicializados como «delitos de lesa humanidad» se superan todas las restricciones impuestas por el principio de legalidad y los principios de derecho penal.

## CAPÍTULO III

# Caso práctico

### AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO, CASO SUSANA VALERIA CAJAS LARA Y LUIS ALBERTO VACA JÁCOME

#### **Antecedentes**

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (CNJ), mediante providencia de 30 de abril de 2014, a las 09:00, emitió auto de llamamiento a juicio, dentro del proceso penal 1329-2013.<sup>209</sup>

El proceso en mención tiene como antecedente la judicialización de los actos investigados por la CVE 2010, durante el período comprendido entre los años de 1984 y 1988, cuyas víctimas fueron: Susana Valeria Cajas Lara, y Luis Alberto Vaca Jácome. Motivo por el cual, los actos investigados califican dentro del análisis realizado en el capítulo II sobre delitos de lesa humanidad.

La mencionada providencia concluyó con el llamamiento a juicio de nueve personas: Luis Alberto Piñeiros Rivera, Jorge Enrique Asanza Acaiturri, Manuel Marcelo Delgado Alvear, Juan Raúl Viteri Vivanco, Mario Ricardo Apolo Williams, Nelson Bolívar Enríquez Gómez, Guillermo Antonio Rodríguez Yaguachi, Fernando Ignacio Ron Villamarín y Edgar Gonzalo Vaca Vinueza.

Debido a que el presente trabajo se centra en analizar los presupuestos doctrinales, jurisprudenciales, normativos y jurídicos para determinar si la institución de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados resulta aplicable como mecanismo para judicializar el caso expuesto, se presume la existencia de los elementos fácticos suficientes para considerar que, dentro de la instrucción fiscal, se demostró presunciones graves y fundadas del cometimiento de delitos, calificados como delitos de lesa humanidad; por ello, el siguiente análisis solo tendrá en cuenta la calificación jurídica –penal sustantiva– de dichos actos y su correcto tratamiento jurídico.

209. Ecuador, Corte Nacional de Justicia (CNJ), Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, «Auto de llamamiento a juicio». *Proceso 1329-2013 LBP*, 30 de abril de 2014.



Como se analizó en el capítulo II, la aplicación directa, como norma sustantiva, del *Estatuto de Roma* resulta improcedente; sin embargo, de la lectura de la fundamentación del auto de llamamiento a juicio<sup>210</sup> se desprende una referencia expresa a dicho instrumento internacional realizada en función de delimitar los parámetros internacionales —derecho internacional público— de calificación de las conductas típicas acusadas como delitos de lesa humanidad. Situación que, aun así, resulta criticable, por cuanto, el razonamiento se debilita cuando se concluye con una aplicación directa de una norma —*Estatuto de Roma*— que no se encontraba vigente al momento del cometimiento de los actos acusados. Con una correcta calificación, como delitos de lesa humanidad, de los actos típicos, similar a la expuesta en el capítulo II, se llega a la misma conclusión, con la salvedad de que, al utilizar normas internacionales vigentes entre 1984 y 1988 y normas internacionales de *ius cogens* —excluyendo el *Estatuto de Roma*—, se logra un razonamiento más sólido que permite compatibilizar la calificación de delitos de lesa humanidad con la CRE, el principio de legalidad y las normas de derecho penal sustantivo ecuatoriano.

Sobre la base de lo expuesto, procede analizar cada una de las conductas típicas individuales de los acusados y su relación con la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, para ello se dividirá a los procesados en tres grupos, que tienen relación con los tipos penales acusados:

1. Delitos contenidos en los art. 180, 181, 187, 188, 205, 505 y 507 del CP 1971. Los acusados: Luis Alberto Piñeiros Rivera,<sup>211</sup> Jorge Enrique Asanza Acaiturri;<sup>212</sup> Juan Raúl Viteri Vivanco;<sup>213</sup> Edgar Gonzalo Vaca Vinueza,<sup>214</sup>

210. *Ibid.*, 2116-23.

211. «Por lo expuesto, se considera que de los resultados de la instrucción fiscal existen presunciones graves y fundadas de la existencia de los delitos de lesa de humanidad instrumentados en el art. 7, num. 1, lit. e), f), g), i) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, esto es, encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física, en violación de normas fundamentales del derecho internacional, tortura, desaparición forzada de personas, y violencia sexual, subsumidos en los delitos tipificados en los art. 180, 181, 187, 188, 205, 505 y 507 constantes en el *Código Penal* vigente a la época de ocurridos los hechos, así como de la participación del procesado señor Luis Alberto Piñeiros Rivera, cuyos generales de ley obran del proceso, en calidad de autor de las referidas infracciones, a la luz de los presupuestos de autoría mediata, anteriormente analizados, razón por la cual se dicta auto de llamamiento a juicio en su contra». *Ibid.*, 2209.

212. «Jorge Enrique Asanza Acaiturri, cuyos generales de ley obran del proceso, en calidad de autor de las referidas infracciones, a la luz de los presupuestos de autoría mediata, anteriormente analizados, razón por la cual, se dicta auto de llamamiento a juicio en su contra». *Ibid.*, 2214.

213. «Juan Raúl Viteri Vivanco, cuyos generales de ley obran del proceso, en calidad de autor de las referidas infracciones, a la luz de los presupuestos de la autoría mediata, anteriormente analizados, razón por la cual, se dicta auto de llamamiento a juicio en su contra». *Ibid.*, 2226.

214. «Edgar Gonzalo Vaca Vinueza, cuyos generales de ley obran del proceso, en calidad de autor de las referidas infracciones, a la luz de los presupuestos de autoría mediata, anteriormente analizados, razón por la cual, se dicta auto de llamamiento a juicio en su contra». *Ibid.*, 2246.

fueron señalados como sujetos activos de las conductas descritas en los art. 180, 181, 187, 188, 205, 505 y 507 del *CP* 1971. La calificación expuesta en el auto analizado responde a la de «autor mediato» de los delitos contenidos en los art. 180, 181, 187, 188, 205, 505 y 507 del *CP* 1971.

Las conclusiones del auto analizado no determinan en cuál de las cuatro clases de autoría mediata incurren los imputados, pero sí señala: «[A] la luz de los presupuestos de autoría mediata, anteriormente analizados»,<sup>215</sup> presupuestos que corresponden a autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, por cuanto es el único caso de autoría mediata analizado en el auto referido.

Con relación a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, es preciso verificar si los tipos penales acusados corresponden a delitos de dominio, por cuanto, como se señaló en el capítulo I, la primera exigencia para que concurra, de forma práctica, la autoría mediata, «partiendo de la concepción de dominio del hecho», se desprende de clasificar a los delitos en dos grupos: 1. Los delitos de infracción de deber, dentro de los cuales, el propio *Código Penal* señala una cualificación especial en el sujeto activo de la infracción, razón por la cual la única situación que posibilita la autoría mediata se configura cuando el sujeto cualificado es el hombre de detrás, y 2. Los delitos de dominio –delitos comunes– que omiten dicha cualificación específica, lo que posibilita a cualquier persona a ser sujeto activo del tipo y, por lo tanto, también autor mediato.

Los delitos acusados constantes en el *CP* 1971, contenidos en los tipos penales de los art. 180,<sup>216</sup> 181,<sup>217</sup> 187,<sup>218</sup> y 205,<sup>219</sup> constituyen delitos especia-

215. *Ibid.*

216. «Capítulo III. De los delitos contra la libertad individual. Artículo 180. Los empleados públicos, los depositarios y los agentes de la autoridad o de la fuerza pública que, ilegal y arbitrariamente, hubieren arrestado o hecho arrestar, detenido o hecho detener a una o más personas serán reprimidos con seis meses a dos años de prisión y multa de ochenta a doscientos sucres. Podrán, además, ser condenados a la interdicción de los derechos de ciudadanía por dos a tres años». *CP* 1971, art. 180.

217. «Artículo 181. La autoridad que ordenara el confinamiento de una persona contraviniendo a los preceptos constitucionales, será reprimida con prisión de seis meses a dos años». *Ibid.*

218. «Artículo 187. Cuando la persona arrestada o detenida hubiere sufrido tormentos corporales, el culpable será reprimido con tres a seis años de reclusión menor. La pena será de reclusión menor de seis a nueve años, si de los tormentos hubiere resultado cualquiera de las lesiones permanentes detalladas en el capítulo de las lesiones. Si los tormentos hubieren causado la muerte, el culpado será reprimido con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años». *Ibid.*

219. «Capítulo VII. De los delitos contra los presos o detenidos. Artículo 205. Los que expidieren o ejecutaren la orden de atormentar a los presos o detenidos, con incomunicación por mayor tiempo que el señalado por la Ley, con grillos, cepo, barra, esposas, cuerdas, calabozos malos, u otra tortura, serán reprimidos con prisión de uno a cinco años e interdicción de los derechos políticos por igual tiempo». *Ibid.*

les o delitos de infracción de deber, que, como se manifestó *supra*, pueden dividirse en propios –la calidad especial del sujeto activo fundamenta la pena –o impropios –la calidad especial del sujeto activo agrava la pena; a saber–. Al respecto de los tipos penales señalados, Ernesto Albán Gómez precisa: «Del art. 180 al art. 187, el Código prevé varios atentados contra la libertad individual, personal o ambulatoria, cuyo punto de partida es la utilización indebida de una institución procesal»<sup>220</sup> –detención–.

Como se observa, con relación a que el tipo penal exige la «utilización indebida de una institución procesal», es necesaria la concurrencia de una calidad específica del sujeto activo, quien se debe encontrar en capacidad de utilizar indebidamente dicha institución procesal. Motivo por el cual los tipos penales específicamente necesitan la concurrencia de los siguientes sujetos activos: 180<sup>221</sup> –empleado público, depositario, agente de la autoridad, agente de la fuerza pública–, 181: –autoridad–, 187: –custodio del reo– y 205 –superior jerárquico del custodio del reo–.

Se puede concluir que la calidad especial del sujeto activo de los art. 180, 181 y 205 del *CP* 1971 es precisamente el motivo de la fundamentación de la pena, por ello, dichos tipos penales corresponden a delitos especiales propios, cuyo tratamiento en tema de autoría y participación debe seguir reglas diferentes –señaladas *supra*– que las utilizadas para los delitos comunes –dominio del hecho–.

En el caso del art. 180 del *CP* 1971, se prescribe: «Los empleados públicos, los depositarios y los agentes de la autoridad o de la fuerza pública que, ilegal y arbitrariamente, hubieren arrestado o hecho arrestar, detenido o hecho detener a una o más personas», como se puede observar el tipo penal prevé como sujeto activo al empleado público, depositario, agente de la autoridad, agente de la fuerza pública, que hubieren «arrestado o hecho arrestar», es evidente que el tipo penal tiene como fundamento la cualificación especial del sujeto activo, razón por la cual,

220. Ernesto Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte especial*, t. II (Quito: Edic. Legales, 2011), 75.

221. «[S]e establece ya que el elemento que le confiere al delito su característica peculiar es la calidad que debe tener el sujeto activo, pues se trata en una conducta que consiste básicamente en un abuso de autoridad, cometido por quien desempeña una función pública. Por eso el Código dice expresamente que el sujeto activo debe ser empleado público, depositario y [debería decir «o»] agente de la autoridad o de la fuerza pública. En este último caso, habría que distinguir si se trata de personal policial, al que más bien le serían aplicables las normas de los arts. 142 y siguientes del Código Penal de la Policía; en tanto, para el personal militar, por no haber norma específica en el código militar, sería aplicable el artículo que estamos comentando. Por otra parte, el art. 180 utiliza una fórmula especial al establecer la conducta del sujeto activo: realizarla él personalmente o hacerla realizar por otro. En el segundo caso, quedaría por clarificar cuál es la situación de este «otro» que, seguramente, recibió de un superior la orden y la ejecutó». *Ibíd.*, 76.

constituye un «delito especial propio». En el caso analizado, los sujetos activos incurrir en la hipótesis correspondiente a «autoría directa de los delitos especiales» –solo aquella persona que siendo sujeto del deber, domina el hecho–.

Aplicar los parámetros para que concurra la autoría directa de los delitos especiales, al interpretar al tipo penal, conlleva dos casos de «autoría directa»: el primero es catalogar como autor al sujeto que comete el tipo penal de propia mano –arrestado–, mientras que el segundo es catalogar como autor al sujeto que valiéndose de otra persona –hecho arrestar– dispuso que el autor directo incurra en el tipo penal.

Lo analizado implica que, si se toma en cuenta que los imputados fueron miembros de las agencias ejecutivas ecuatorianas y fungieron en calidad de: 1. Luis Alberto Piñeiros Rivera, ministro de Defensa Nacional del Ecuador;<sup>222</sup> 2. Jorge Enrique Asanza Acaiturri, comandante general del Ejército;<sup>223</sup> 3. Manuel Marcelo Delgado Alvear, jefe de la Casa Militar de la Presidencia de la República;<sup>224</sup> 4. Juan Raúl Viteri Vivanco, comandante del Agrupamiento Especial del Inteligencia Militar (AEIM);<sup>225</sup> 5. Mario Ricardo Apolo Williams, comandante del AEIM;<sup>226</sup> 6. Nelson Bolívar Enríquez Gómez, subdirector de la Escuela de Inteligencia Militar;<sup>227</sup> 7. Guillermo Antonio Rodríguez Yaguachi, jefe de Interrogadores del grupo denominado Contra Inteligencia Quito;<sup>228</sup> 8. Fernando Ignacio Ron Villamarín, médico del Batallón de Inteligencia Conocoto;<sup>229</sup> y 9) Edgar Gonzalo Vaca Vinuela, jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales de la Policía Nacional;<sup>230</sup> *prima facie*, reúnen los requisitos para ser considerados sujetos activos –calificados–, lo cual provoca que, si adicionalmente se comprueba la concurrencia de los demás elementos del tipo penal, su conducta responde a la de «autoría directa». Por ello, resulta innecesaria la imputación de autoría mediata, ya que, la propia conducta exigida por el tipo penal hace responsable, en calidad de «autor directo», al sujeto activo que ha emitido la orden –«hecho arrestar»–, por ello, es evidente que los criterios para

222. Ecuador, CNJ, Sala Especializada de los Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, [Auto de llamamiento a juicio, proceso No. 1329-2013 LBP], 2203v.

223. *Ibíd.*, 2210.

224. *Ibíd.*, 2214v.

225. *Ibíd.*, 2218.

226. *Ibíd.*, 2226.

227. *Ibíd.*, 2231.

228. *Ibíd.*, 2236v.

229. *Ibíd.*, 2239v.

230. *Ibíd.*, 2242.

determinar la autoría responden a los de «autoría directa de los delitos especiales».

*Art. 181 del CP 1971.* Para el tratamiento del presente tipo penal, se aplican los mismos criterios analizados en el art. 180 *supra*, debido a que constituye un *delito especial propio*, por ello, se debe partir del hecho que el sujeto activo de la infracción es cualificado, razón por la cual, solo queda verificar si los sujetos activos «ordenaron el confinamiento de una persona contraviniendo a los preceptos constitucionales». <sup>231</sup> Situación que, en caso de verificarse, convierte a los sujetos activos en autores directos de la infracción porque, en su calidad de sujetos cualificados, dominaron el hecho al emitir la orden de confinamiento, contraviniendo los preceptos constitucionales. Al igual que en el análisis anterior, resulta innecesaria la imputación de autoría mediata, puesto que la propia conducta exigida por el tipo penal hace responsable en calidad de «autor directo» a quien emitió la orden; por ello, es evidente que los criterios para determinar la autoría responden a los de autoría directa de los delitos especiales.

*Art. 187 del CP 1971.* Como se puede observar, este tipo penal se diferencia de los dos anteriores al constituir un delito «especial impropio» –calidad del autor solo agrava la pena–, en función de que la cualificación del autor permite imponer una pena superior a la del delito común, que en el caso de un autor no cualificado correspondería a un delito de lesiones, homicidio o asesinato. Al respecto, Ernesto Albán Gómez considera que la conducta tipificada como delito en el art. 187 «agrava la pena a reclusión menor de tres a seis años, si la persona arrestada o detenida hubiere sufrido tormentos corporales, palabras que pueden equipararse a la tortura». <sup>232</sup>

En otras palabras, la agravación de la pena se realiza en función de que los miembros de las agencias ejecutivas ecuatorianas –sujetos activos cualificados– han torturado a una persona que ha sido arrestada o detenida. Al constituir un delito especial impropio es necesario aplicar los criterios para determinar la autoría y la participación en los delitos especiales analizados *supra*. Sin embargo, al no haberse acusado a los ejecutores de dichas torturas, resulta procedente aplicar, a los acusados solo los criterios de autoría directa, debido a que, en los delitos especiales, para que concurren los demás criterios –coautoría, autoría mediata y participación– es necesario acreditar la calidad de los demás intervinientes, en este caso de los ejecutores, puesto que, de su califica-

231. CP 1971, art. 181.

232. Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte especial*, 79.

ción como *extraneus* o *intraneus*, dependerá su responsabilidad como autores mediatos, coautores o partícipes.

*Art. 205 del CP 1971.* Al igual que los art. 180 y 181 de este mismo código, este tipo penal constituye un delito «especial propio», razón por la cual resulta innecesaria la imputación de autoría mediata, ya que la propia conducta exigida por el tipo penal hace responsable en calidad de autor directo tanto a quien emitió la orden de atormentar a los presos o detenidos, como sus ejecutores, por ello, en el caso analizado, es evidente que los criterios para determinar la autoría responden a los de autoría directa de los delitos especiales.

*Art. 188 CP 1971.* El delito de plagio se cataloga dentro de los delitos de dominio, debido a que no se exige una cualificación especial en el sujeto activo de la infracción, razón por la cual, para el tratamiento de autoría y participación serán aplicables los criterios analizados en el capítulo I, referentes a los delitos comunes o de dominio, donde se exponen las reglas para determinar la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Reglas que incluyen: 1. una estructura de poder organizada, que *prima facie*, resulta constituir las agencias ejecutivas ecuatorianas; 2. poder de mando de la organización, la determinación de las calidades de altos oficiales y miembros del alto mando militar y policial, que los cualifica para emitir órdenes a sus subordinados; 3. desvinculación del sistema jurídico, que se refleja en la realización del acto típico del art. 188 del CP 1971, calificado como delito de lesa humanidad; 4. sustituibilidad del ejecutor, que se desprende del número y condiciones analizadas de los ejecutores que se encontraban bajo el mando de los autores mediatos, 5. considerable elevada disponibilidad al hecho del ejecutor, que se verifica al momento de ser cometido el injusto por parte del ejecutor. Elementos todos que se desprenden de los antecedentes fácticos del auto de llamamiento a juicio y que deberán ser probados en el juicio, en especial el número y las condiciones precisas de los ejecutores.

Por último, corresponde el tratamiento de los delitos contenidos en el «Título VIII. De los delitos sexuales. Capítulo II. Del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro».<sup>233</sup> La conducta acusada imputada se encuentra tipificada en el art. 505 del CP 1971 y se denomina «atentado al pudor»;<sup>234</sup> adicionalmente se acusó por el tipo agravado de aten-

233. CP 1971, tit. VIII, cap. II.

234. «Artículo 505. Se da el nombre de atentado contra el pudor a todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y se ejecute en la persona de otro, sea cual fuere su sexo». *Ibíd.*, art. 505.

tado al pudor del 507 *ibídem*,<sup>235</sup> en que se incurría cuando el atentado al pudor había sido cometido con violencia o amenazas.

Al respecto, es preciso señalar que las conductas que se encontraban tipificadas en los art. 505, 506, 507 y 508 del *CP* 1971 fueron derogadas mediante la *Ley* 2, publicada en el Registro Oficial 45 de 23 de junio de 2005.<sup>236</sup> En su remplazo, se dictó el siguiente tipo penal: «Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal».<sup>237</sup> Además, de forma posterior, se emitió una ley interpretativa que, en su texto, señala:

Los elementos constitutivos de las conductas que estuvieron tipificadas hasta el 22 de junio de 2005, en los art. 505, 506 y 507 del *Código Penal*, que sancionaban los actos ejecutados en contra de la integridad sexual de las personas menores de edad, pero sin acceso carnal, consideradas como atentado al pudor, no se han eliminado, están subsumidas en el artículo que se interpreta, desde que este se encuentra en vigencia. Las palabras «somete», y «obligarla», que contiene este artículo, se entenderán como actos momentáneos o permanentes para doblegar la voluntad de la víctima y/o como la realización de acciones con las que se pretende conseguir o se consiga, mediante violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño dirigida a que una persona menor de dieciocho años de edad o discapacitada acepte u obedezca y realice los actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal, sea en el propio cuerpo de la víctima, en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo.<sup>238</sup>

Como se desprende de la lectura de las normas expuestas, las conductas típicas de los art. 505 y 507 del *CP* 1971, que se encuentran señaladas en el auto de llamamiento a juicio, que correspondían a los delitos de atentado al pudor simple y con violencia o amenazas sobre una persona mayor de edad, tipificadas como delitos a la fecha de los actos investigados, actualmente se encuentran derogadas, razón por la cual, no constituyen parámetros válidos para la determinación de la

235. «Artículo 507. El atentado contra el pudor, cometido con violencias o amenazas en otra persona, será reprimido con reclusión menor de tres a seis años. Se asimila al atentado con violencia el cometido en una persona que, por cualquier causa, permanente o transitoria, se halle privada de la razón. Si el atentado ha sido cometido en una persona menor de catorce años, el culpado será condenado a reclusión mayor de cuatro a ocho años, y si fuere en una persona menor de doce años, con reclusión mayor de ocho a doce años». *Ibíd.*, art. 507.

236. Ecuador, *Ley* 2, Registro Oficial 45, 23 de junio de 2005.

237. *Ibíd.*

238. Ecuador, *Ley* 53, Registro Oficial 350, Suplemento, 6 de septiembre de 2006.

conducta penalmente sujeta a reproche o la determinación de la pena, por ello, se hace innecesario analizar su correspondencia dentro de los parámetros de determinación de autoría y participación.

2. Delito contenido en el art. 188 del *CP* 1971. Dentro del cual se encuentra: Manuel Marcelo Delgado Alvear,<sup>239</sup> Mario Ricardo Apolo Williams,<sup>240</sup> Nelson Bolívar Enríquez Gómez,<sup>241</sup> Guillermo Antonio Rodríguez Yaguachi,<sup>242</sup> para los procesados que solo fueron acusados por el art. 188 del *CP* 1971, corresponde el mismo análisis realizado en el apartado anterior para el art. 188 del *CP* 1971, por cuanto los acusados reúnen las condiciones de sujetos activos cualificados.
3. Delito contenido en el art. 205 del *CP* 1971. Dentro del cual se encuentra: Fernando Ignacio Ron Villamarín,<sup>243</sup> el tratamiento del delito se regirá por el mismo análisis realizado en el apartado anterior, para el art. 205 del *CP* 1971, por cuanto el acusado reúne las condiciones de sujeto activo cualificado.

239. «Por lo expuesto, se considera que de los resultados de la instrucción fiscal existen presunciones graves y fundadas de la existencia de los delitos de lesa humanidad, instrumentados en el art. 7, num. 1, lit. i) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, esto es, desaparición forzada de personas, subsumido en el delito tipificado en el art. 188, constante en el *Código Penal* vigente a la época de ocurridos los hechos, así como de la participación del procesado señor Manuel Marcelo Delgado Alvear, cuyos generales de ley obran del proceso, en calidad de autor de la referida infracción, a la luz de los presupuestos de autoría mediata, anteriormente analizados, razón por la cual, se dicta auto de llamamiento a juicio en su contra». Ecuador, CNJ, Sala Especializada de los Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, «Auto de llamamiento a juicio», 2218.

240. «Mario Ricardo Apolo Williams, cuyos generales de ley obran del proceso, en calidad de autor de las referidas infracciones, a la luz de los presupuestos de autoría mediata, anteriormente analizados, razón por la cual, se dicta auto de llamamiento a juicio en su contra». *Ibid.*, 2231.

241. «Nelson Bolívar Enríquez Gómez, cuyos generales de ley obran del proceso, en calidad de autor de la referida infracción, a la luz de los presupuestos de autoría mediata, anteriormente analizados, razón por la cual, se dicta auto de llamamiento a juicio en su contra». *Ibid.*, 2234.

242. «Guillermo Antonio Rodríguez Yaguachi, cuyos generales de ley obran del proceso, en calidad de autor de las referidas infracciones, a la luz de los presupuestos de autoría mediata, anteriormente analizados, se dicta auto de llamamiento a juicio en su contra». *Ibid.*, 2237.

243. «Por lo expuesto, se considera que, de los resultados de la instrucción fiscal existen presunciones graves y fundadas de la existencia del delito de lesa de humanidad instrumentado en el art. 7, num. 1, lit. f) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, esto es, tortura, subsumido en el delito tipificado en el art. 205, constante en el *Código Penal* vigente a la época de ocurridos los hechos, así como de la participación del procesado señor Fernando Ignacio Ron Villamarín, cuyos generales de ley obran del proceso, en calidad de autor de la referida infracción, a la luz de los presupuestos de autoría mediata, anteriormente analizados, razón por la cual se dicta auto de llamamiento a juicio en su contra». *Ibid.*, 2239v.





## Conclusiones y recomendaciones

Como se ha señalado en el capítulo I, la doctrina reconoce expresamente la existencia de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados desde el año de 1963, como un criterio configurador de autoría para los delitos de dominio, en especial dentro de la judicialización de delitos contra los derechos humanos. En este contexto, es necesario puntualizar que la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados ha servido como base para la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales, en el juzgamiento de delitos de lesa humanidad. Por lo tanto, se puede concluir, hasta el momento, que la institución de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados constituye, para Ecuador, un referente jurisprudencial y doctrinario para la interpretación de la norma sustantiva penal –art. 42 del *CP* 1971 y del *COIP* 2014–, de conformidad a lo expuesto en el capítulo II.

Una vez que se han analizado a profundidad –capítulo I y capítulo II– los art. 42 del *CP* 1971 y del *COIP* 2014 se puede afirmar que dichas normas sustantivas penales recogen de forma desordenada las cuatro formas de autoría mediata expuestas por la doctrina: 1. dominio de la voluntad por coacción; 2. dominio de la voluntad en virtud de error; 3. dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y jóvenes; 4. dominio de la voluntad en estructuras de poder organizadas.

Con respecto a esta última forma de autoría mediata, es necesario resaltar dos circunstancias:

1. *Cuando la persona ha perpetrado la infracción valiéndose de otra persona imputable mediante orden.* En este caso la existencia de una orden expresa del superior, según la legislación ecuatoriana, corresponde un caso de autoría del sujeto de detrás, por cuanto los art. 42 del *CP* 1971 y del *COIP* 2014, determinan de forma expresa como autor a quien ha emitido una orden, sobre la base de la cual se ha cometido el delito por parte del autor inmediato –ejecutor–. En este caso preciso, encontramos que el legislador ecuatoriano ha prescrito un criterio específico para que concurra la autoría mediata, por lo tanto, debemos apegarnos a la literalidad de la norma sustantiva ecuatoriana y bastará con la existencia de: a) un autor mediato; b) un autor inmediato, y c) una orden directa y expresa.

Este criterio solo puede ser aplicado en la existencia de una orden directa y expresa, por parte del autor mediato, circunstancia en la cual se hacen innecesarios los demás criterios configuradores de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, por cuanto, su delimitación jurisprudencial y doctrinal ha sido solventada por la exigencia de la norma sustantiva penal ecuatoriana que precisa expresamente la prueba de una orden directa entre el autor mediato y el autor inmediato. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia internacional reconocen, dentro de los crímenes de Estado, que la orden puede ser «directa, informal, encubierta o darse por sentada»<sup>244</sup> y que podrá derivarse de los objetivos de la organización cuando no constituye una orden directa. En dicho caso, al no existir la orden directa, debemos recurrir a una forma de delimitar el significado de la orden informal, encubierta o que se da por sentada, situación en la cual, se corre el riesgo de dejar en la impunidad a los autores mediatos o de extender la aplicación del poder punitivo a personas que no participaron en calidad de autores mediatos. Por esto, se hace necesaria la delimitación racional de las circunstancias dentro de las cuales se debe considerar autor mediato a la persona que, con su participación, emitió órdenes informales, encubiertas o que se dieron por sentadas. En dichas circunstancias, cuando la demostración de una orden directa es insuficiente, se debe recurrir a los criterios de autoría mediata por dominio de la organización en aparatos de poder organizados, elementos que permitirán delimitar –restringir– de forma precisa las circunstancias en las cuales se deben considerar la existencia de órdenes informales, encubiertas o que se dieron por sentadas, que devendrán de los objetivos de la organización y de la posición que ocupaba el autor mediato dentro del aparato de poder organizado.

2. *La persona que ha perpetrado la infracción valiéndose de otra persona mediante un medido fraudulento directo diferente a la orden.* Este segundo caso respalda lo señalado anteriormente por cuanto el legislador ecuatoriano creyó necesario hacer extensiva la posibilidad de imputar a los autores mediatos cuando concurren otras circunstancias, fuera de la orden, denominadas «cualquier otro medio fraudulento y directo» –art. 42 del CP 1971–; y «cualquier otro medio fraudulento directo o indirecto» –art. 42 del COIP 2014–, circunstancias que, en Ecuador, se materializan en los objetivos del aparato de poder organizado, por cuanto, dichos objetivos –medio fraudulento–, delimitan el actuar de los autores inmediatos –ejecutores– sin la necesidad de recibir una orden ex-

244. Ambos, «Trasfondos políticos», 77.

presa o directa del autor mediato y simplemente constituyen parámetros generales de actuación del aparato de poder organizado dispuestos por los mandos superiores que son de cumplimiento obligatorio por parte de los mandos medios y los ejecutores.

Sobre la base de lo expuesto, se puede señalar que la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados resulta aplicable en Ecuador como criterio jurisprudencial y doctrinario de interpretación normativa válido para la judicialización de los casos investigados por la CVE 2010 durante el período comprendido entre los años de 1984 y 1988, para los delitos de dominio, siempre que los demás criterios sobre autoría individual, coautoría y autoría mediata por: 1. Dominio de la voluntad por coacción; 2. Dominio de la voluntad en virtud de error; 3. Dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y jóvenes, y 3. Dominio de la voluntad por orden directa expresa –solo en el caso ecuatoriano–, que se encuentran reconocidos, como norma positiva, en los art. 42 del *CP* 1971 y del *COIP* 2014 resulten insuficientes para delimitar las circunstancias específicas dentro de las cuales se deba responsabilizar como autores mediatos a las personas que mediante el dominio de la voluntad sobre el ejecutor, en función de un aparato de poder organizado, cumplieron los presupuestos de hecho del tipo penal, en función de una orden «informal, encubierta o que se dio por sentada» u otro medio fraudulento directo o indirecto.

Para que concurra la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados en Ecuador es necesario que se configuren los siguientes elementos:<sup>245</sup> 1. Delito de dominio; 2. Debe concurrir la existencia

245. La utilización de la autoría directa, autoría mediata –en todas sus modalidades expuestas, incluida «autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados»–, coautoría o inducción, dentro del tratamiento de un proceso judicial en particular, dependerán exclusivamente de los elementos fácticos probados en el juicio, lo que implica que dentro de un mismo proceso podrán concurrir autores directos, autores mediatos, coautores o inductores, siempre y cuando existan pluralidad de personas que participaron en la dirección y ejecución de los actos juzgados y siempre que se califique a cada uno de forma independiente, en función de su participación directa, sin que, por los mismos actos juzgados, puedan concurrir varias calidades en una misma persona. Por ello, la aplicación de la «autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados» no excluye la posibilidad de calificar, dentro del mismo proceso, como coautores o inductores a personas que, sin reunir los requisitos para ser considerados autores mediatos, sí reúnan la calidad de coautores o partícipes por su contribución expresa en el caso concreto, en función de su participación dentro de delito propio o delito ajeno. En lo que se refiere al tema probatorio será necesarios, para que concurra la autoría mediata por dominio de la organización, que el órgano acusador –Fiscalía– pruebe exclusivamente la concurrencia de los siguientes: 1. La existencia de uno o varios delito de dominio; 2. La existencia de una estructura de poder organizada –Estat–; 3. Los objetivos de la estructura de poder organizada; 4. El posicionamiento del autor mediato como cabeza del aparato organizado o como mando intermedio, que se evidencia

de una estructura de poder organizada; 3. Deben concurrir una calidad específica en el autor mediato, denominada –poder de mando dentro de la organización–; 4. La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder; 5. La fungibilidad del ejecutor inmediato, entendida como la sustituibilidad del ejecutor –autor inmediato–; 6. la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor. Como se ha manifestado, estos elementos deben ser aplicados como criterios complementarios para la determinación de la «orden o cualquier otro medio fraudulento y directo» –art. 42, *CP* 1971–, y «orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto» –art. 42, *COIP* 2014–.

Como hemos analizado en el capítulo II, los actos expuestos en el informe de la CVE 2010, que fueron realizados por las agencias ejecutivas ecuatorianas entre los años 1984 y 1988, corresponden a delitos contra la humanidad o delitos de lesa humanidad, en función de las normas de derecho internacional público y principios del *ius cogens* vigentes con anterioridad a su realización. Por lo tanto, se debe excluir la aplicación directa –como norma positiva– del *Estatuto de Roma*, cuya vigencia en Ecuador se inició en enero de 2002, por lo cual es preciso realizar dicha calificación sobre la base de normas de derecho internacional vigentes a la fecha del cometimiento de los actos. En el caso práctico que consta en el capítulo III, encontramos que la calificación sustantiva penal de los actos acusados como delitos de lesa humanidad, que consta dentro del auto de llamamiento a juicio –caso: Susana Valeria Cajas Lara y Luis Alberto Vaca Jácome –*Proceso 1329-2013* Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la CNJ, dictado el 30 de abril de 2014, a las 09:00–, y que tiene como base la aplicación directa, como norma positiva, del *Estatuto de Roma*, riñe con la *CRE*, con normas de derecho internacional público, con el art. 24 del propio *Estatuto de Roma* y con las normas y principios de derecho penal sustantivo ecuatoriano.

Como último elemento, una vez se ha dejado en claro que los delitos investigados por la CVE 2010 constituyen delitos de lesa humanidad y que dentro de dichos delitos se encuentran los actos por los cuales se emitió el auto de llamamiento a juicio dentro del caso Susana Valeria Cajas Lara y Luis Alberto Vaca Jácome –*Proceso 1329-2013* Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal

con su facultad de emitir órdenes a los subordinados; 5. La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, que se evidencia con la reprochabilidad que se hace a los actos cometidos por la organización en su conjunto, que sirvieron de base para la consecución de la hipótesis establecida en el tipo penal acusado, actos que se apartan del ordenamiento jurídico; 6. La fungibilidad del ejecutor, que obliga la acreditación de la existencia de varios –más de uno– ejecutores –autores inmediatos o autores materiales–, capaces de cometer la hipótesis del tipo penal acusado; 7. La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor, que obliga la acreditación del cumplimiento de los elementos subjetivos del delito por parte del autor inmediato –ejecutor–, en otras palabras una actuación dolosa.

Policial y Tránsito de la CNJ, dictado el 30 de abril de 2014, a las 09:00, se debe señalar que solo nos queda analizar si dichas conductas corresponden a delitos de dominio. Con relación a los tipos penales contenidos en los art. 180, 181, 187, 188, 205, 505 y 507 del CP 1971, que son la base penal sustantiva de la acusación del auto de llamamiento a juicio analizado, encontramos que: 1. Los tipos penales contenidos en los art. 180, 181, 187 y 205 del CP 1971, son delitos de infracción de deber o especiales, razón por la cual, resulta innecesaria la acusación en calidad de autor mediato por dominio del aparato organizado de poder al sujeto de detrás, por cuanto los propios tipos penales lo catalogan como autor directo; 2. El tipo penal contenido en el art. 188 del CP 1971, corresponde a un delito de dominio, razón por la cual, sí cabe la posibilidad de imputar al hombre de detrás como autor mediato por dominio del aparato organizado de poder, siempre y cuando se cumplan los requisitos analizados *supra*, y 3. Los tipos penales contenidos en los art. 505 y 507 del CP 1971, se encuentran derogados, razón por la cual, no constituyen parámetros válidos para la determinación de la conducta penalmente sujeta a reproche o la determinación de la pena.

Al tratarse de crímenes de Estado, muy a parte de la aplicación –según la necesidad– de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados como un criterio interpretativo jurisprudencial y doctrinal de la norma sustantiva penal ecuatoriana para la imputación de los autores de detrás, es preciso que tanto la acusación –Fiscalía– al momento de realizar la imputación, como la Judicatura al momento de emitir las resoluciones respectivas, concreten la descripción de los hechos, su análisis y la subsunción de las normas de autoría y participación, en dos estadios:

El primero, un estadio macro que permita determinar los elementos necesarios para que se pueda concluir con claridad que los actos realizados por las Agencias Ejecutivas ecuatorianas entre los años de 1984 y 1988, correspondieron a delitos de lesa humanidad y que deje en evidencia al aparato organizado de poder, con rangos, funciones y todos los elementos necesarios para identificar, con claridad a los autores mediatos que ocuparon mandos altos, medios y a los ejecutores. Dichos elementos permitirán determinar y hacer evidentes los objetivos de la organización, que posteriormente servirán –en cada caso concreto– para determinar si los imputados en calidad de autores mediatos actuaron al momento de emitir las órdenes –«directas, expresas, informales, encubiertas o que se dieron por sentadas»– u otros medios fraudulentos directos o indirectos sobre la base de los cuales se cumplieron los objetivos de la organización y se procedió a realizar los injustos atentatorios a los derechos humanos, injustos que, analizados y calificados en todo su contexto general, corresponderán a delitos de lesa humanidad.

En segundo estadio, es un estadio micro –responsabilidad individual de cada imputado– en el cual, tanto la acusación –Fiscalía– al momento de realizar la imputación, como la Judicatura al momento de emitir las resoluciones respectivas, deberán señalar expresamente cómo las conductas –acciones u omisiones– realizadas por los imputados, miembros del aparato de poder organizado, recayeron en los parámetros determinados en el art. 42 del *CP* 1971 –con sus equivalencias en el art. 42 del *COIP* 2014–, lo que permitirá la utilización de prueba directa en el caso de haber existido órdenes directas y expresas; o de prueba indiciaria –pertenencia del aparato de poder organizado, los objetivos del aparato de poder y la realización del injusto cometido por el ejecutor y calificado como delito de lesa humanidad–, que será pertinente en el caso de haber incurrido en órdenes informales, encubiertas, que se dieron por sentadas, u otros medios fraudulentos directos o indirectos. El análisis individual –micro– deberá realizarse para cada caso concreto y dependerá de la exigencias normativas sustantivas penales ecuatorianas, lo que permitirá determinar la responsabilidad de los miembros del aparato de poder organizado que pertenecieron a los mandos altos, medios o ejecutores y que, con sus acciones u omisiones, contribuyeron a que los objetivos del aparato de poder se cumplan, plasmándose en la perpetración de varios injustos individuales que, en todo su contexto –macro–, constituyen delitos de lesa humanidad.

# Bibliografía

- Albán Gómez, Ernesto. *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general*, 10a. ed. t. I. Quito: Edic. Legales, 2009.
- . *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte especial*, t. II. Quito: Edic. Legales, 2011.
- Ambos, Kai. *La parte general del derecho penal internacional: Bases para una elaboración dogmática*. Trad. por Ezequiel Malarino. Montevideo: Duncker-Humboldt / Fundación Konrad Adenauer, 2004.
- . «Trasfondos políticos y jurídicos de las sentencia contra el expresidente peruano Alberto Fujimori». En Kai Ambos e Iván Meini, edit. *La autoría mediata: El caso Fujimori*, 45-90. Lima: Ara, 2010.
- Bacigalupo, Enrique. *Manual de derecho penal: Parte general*. Bogotá: Temis, 1996.
- Bolea Bardón, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Bustos Ramírez, Juan. *Manual de derecho penal: Parte general*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1994.
- Caro, Dino. «Sobre la punición del expresidente Alberto Fujimori: Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal». En Kai Ambos e Iván Meini, edit. *La autoría mediata: El caso Fujimori*, 143-86. Lima: Ara, 2010.
- Comisión de la Verdad del Ecuador. *Sin verdad no hay justicia*. 3 vol. Quito: Ediecuadorial, 2010.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. *La autoría en derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991.
- Donna, Edgardo Alberto. *La autoría y participación criminal*, 2a. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- Hernández Plasencia, José Ulises. *La autoría mediata en el derecho penal*. Granada: Comares, 1996.
- Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2a. ed. Trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- . «Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori». En Kai Ambos e Iván Meini, edit., *La autoría mediata*, 105-14. Lima: Ara, 2010.
- Jescheck, Hans-Heinrich, y Thomas Weigend. *Tratado de derecho penal: Parte general*, 5a. ed. Trad. por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. *Autoría y participación*. Madrid: Akal, 1996.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal: Parte general*, 7a. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.



- Roxin, Claus. *Derecho penal: Parte general*. Trad. de la segunda edición en alemán, por Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal y Diego-Manuel Luzón Peña, vol. I. Madrid: Civitas, 1997.
- . *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7a. ed. Trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- . «El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata». *Revista de Estudios de Justicia* (Facultad de Derecho Universidad de Chile), 7 (2006): 11-22.
- . «Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú». En Kai Ambos e Iván Meini, edit., *La autoría mediata: El caso Fujimori*, 91-102. Lima: Ara, 2010.
- Universidad Externado de Colombia. *Código Penal alemán*. Trad. por Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Velásquez, Fernando. *Derecho penal: Parte general*, 4a. ed. Bogotá: Comlibros, 2009.
- Welzel, Hans. *Derecho penal alemán: Parte general*. 11a. ed. alemana, 2a. ed. castellana. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1976.
- Werle, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*, 2a. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho penal: Parte general*, 2a. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- . *Manual de derecho penal: Parte general*, 2a. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

## Normativa

### Supranacional e internacional

- Consejo de Europa. *Decisión Marco 2008/841/JAI*. 24 de octubre de 2008.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. 25 de mayo de 1993. Resolución 827.
- . *Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda*. 8 de noviembre de 1994. Resolución 955, S/RES/955 (1994).
- Gobierno de los Estados Unidos de América, Gobierno Provisional de la República Francesa, Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*. 6 de octubre de 1945. <[http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto\\_del\\_tribunal\\_militar\\_internacional\\_de\\_nuremberg.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf)>. Acceso: 20 de mayo de 2014.
- OEA. *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*. 7-22 de noviembre de 1969. B-32.
- ONU. *Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg*. 11 de diciembre de 1946. A/RES/95(I).
- . *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*. 26 de noviembre de 1968. Resolución 2391 (XXIII).
- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1996. Resolución 2200 A (XXI).

- . Oficina contra la Droga y Delito (United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. 15 de noviembre de 2000, Resolución 55/25 de la Asamblea General.
- . *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 17 de julio de 1998. A/CONF.183/9.

## Nacional

- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial (RO), No. 180, Suplemento(s), 10 de febrero de 2014.
- . *Código Penal*. ROS, No. 147, 22 de enero de 1971.
  - . *Constitución de la República del Ecuador*. RO, No. 449, 20 de octubre de 2008.
  - . *Ley 2*. RO, No. 45, 23 de junio de 2005.
  - . *Ley 53*. ROS, No. 350, 6 de septiembre de 2006

## Jurisprudencia

- Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. «Auto de llamamiento a juicio». *En Proceso 1329-2013 LBP*. 30 de abril de 2014.
- Perú. Corte Suprema de la República, Sala Penal Especial. «Sentencia». En *Caso Barrios Altos, La Cantuta y sótano del SIE AV 19-2001 (acumulado)*. 7 de abril de 2009.



# ANEXOS

## 1. Entrevista a Fidel Jaramillo Paz y Miño

*Fecha:* jueves 9 de enero de 2014

*Cargo:* director de la Unidad de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos de la Fiscalía General del Estado del Ecuador.

a) *¿Me podría indicar su experiencia en materia de derecho penal?*

Llevo en la Fiscalía General del Estado cerca de dos años como director de la Unidad de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos. Antes de trabajar para la Fiscalía General del Estado, laboré en el lado académico; en la Universidad, traté la aplicación de estándares de derecho penal internacional en el régimen ecuatoriano para ver qué pasaría en esos casos. Siempre he trabajado desde el derecho penal y su relación con los derechos humanos.

b) *¿Conoce usted los parámetros de autoría descritos en el art. 42 del Código Penal del Ecuador?*

Conozco, sí conozco.

c) *¿Considera usted, que los parámetros de imputación de autoría descritos en el art. 42 del Código Penal son suficientes para juzgar los casos investigados por la Comisión de la Verdad?*

Para refrescar, voy a referirme a los parámetros descritos en el art. 42 del Código Penal: «Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin».

Considero que el art. 42 del Código Penal es muy generoso, yo creo que contiene todo lo que la mayor parte de las situaciones se terminarían subsumiendo en el art. 42, incluidos los casos de dominio de la organización y la empresa criminal conjunta.

En el tema de los perpetradores de los casos de los 80, muchos han perpetrado los delitos directamente ellos, y algunos los cometieron por orden siendo parte de un grupo organizado. Por ello los parámetros establecidos en el art. 42 son suficientes.

d) *¿Conoce usted la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados?*

Conozco la teoría.

- e) *¿Cuál es su opinión jurídica sobre la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad?*

Si sería posible; de lo que yo tengo entendido, la Fiscalía ha utilizado esta figura, incluso en el caso Caranqui. En Perú, fue utilizada para judicializar el caso Fujimori. Incluso considero que el art. 42 del Código Penal es suficiente para sancionar a los responsables, cuando señala que son autores quienes actúan por precio, dádiva, promesa u orden o cualquier otro medio fraudulento y directo.

En el caso puntual, existía el grupo denominado SIC 10, tienes las órdenes, seguramente había dádivas como cuenta España en su libro, los cheques directos que se les otorgaba, las condecoraciones que se les hacía, después de un operativo exitoso que significaba el asesinato de alguna persona que estaba siendo buscada, por esto yo pensaría que así no existiera la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, gracias al art. 42 del Código Penal, se puede lograr imputar a quienes participaron, tal vez, si se quiere ampliar la cadena, resultaría dificultoso.

- f) *¿Tomando como partida la Constitución de 2008, considera usted que la aplicación de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad es constitucional en Ecuador?*

Pensaría que si, por no utilizar la autoría mediata, se va a dejar en la impunidad, más bien eso sería lo inconstitucional. La Constitución señala la importancia que tienen los tratados internacionales que exigen derivar todo obstáculo jurídico, o fáctico para judicializar un caso de violaciones de derecho humanos. Tenemos como ejemplo el caso de Fujimori y el caso Eichmann, quien nunca se apartó de un escritorio durante la segunda guerra mundial, pero organizó los trenes y las rutas, más cortas, más económicas, más eficientes para trasladar a los judíos a los campos de concentración nazis. No sé si en un caso más extremo como el Eichmann con el art. 42 del Código Penal ecuatoriano fuere posible imputarlo.

Creo que la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es constitucional y sería inconstitucional no aplicarla si es que esto va a redundar en que se termina en impunidad.

- g) *¿Tomando como partida la legislación penal adjetiva y sustantiva del Ecuador, ¿considera usted que la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad es legal en el Ecuador?*

No considero que la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados atenta contra ninguna norma, más bien va apoyada en una serie de normas.

- h) *¿Considera usted que existen otras herramientas doctrinarias que podrían ser utilizadas en lugar de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados?*

Hay una que me gusta, que no se ha utilizado en Latinoamérica aún, y es la denominada empresa criminal conjunta, que es la forma más laxa de todas, porque lo único que se necesita es un acuerdo entre dos personas para un fin criminal. Ha sido utilizada en la

Cortes Internacionales de África, Yugoslavia y la Corte Penal Internacional y es un afán del derecho penal internacional de querer combatir la amnesia que se da en estos casos y la impunidad, por ello el único elemento necesario es el acuerdo para un fin criminal. Es un instrumento interesante que podría ser utilizado.

Nota: La presente entrevista no ha sido trascrita de forma textual en determinados pasajes; sin embargo, se ha buscado mantener el espíritu de las respuestas brindadas por el entrevistado.

## **2. Entrevista a Richard Villagómez Cabezas**

*Fecha:* 28 de enero de 2014

*Cargo:* conuez de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia

a) *¿Me podría indicar su experiencia en materia de derecho penal?*

Yo tuve la oportunidad de provenir de la academia, del libre ejercicio y de la administración de justicia, tanto como Fiscal, como conuez, durante ya quince años. Actualmente ostento el cargo de conuez de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

b) *¿Conoce usted los parámetros de autoría descritos en el art. 42 del Código Penal del Ecuador?*

Sí, conozco.

c) *¿Conoce usted la investigación realizada por la Comisión de la Verdad del Ecuador?*

Efectivamente conozco el informe.

d) *¿Considera usted, que los parámetros de imputación de autoría descritos en el art. 42 del Código Penal son suficientes para juzgar los casos investigados por la Comisión de la Verdad?*

No cumplen precisamente con todos los parámetros de taxatividad que se debería exigir para ese fin.

e) *¿Conoce usted la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados?*

Por supuesto que sí.

f) *¿Cuál es su opinión jurídica sobre la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad?*

Es el mismo pueblo alemán el que dio solución al juzgamiento de los temas derivados de la posguerra. Ideológicamente, Roxin lo que hace es buscar una respuesta jurídica para ese procesamiento en aras de evitar la impunidad por los aparatos organizados.

g) *¿Tomando como partida la Constitución de 2008 considera usted que la aplicación de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad es constitucional en Ecuador?*

Del todo no. Por problemas inherentes a la taxatividad y a la legalidad estricta en lo que se refiere a la configuración de la categoría de la autoría.

h) *¿Tomando como partida la legislación penal adjetiva y sustantiva del Ecuador, ¿considera usted que la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad es legal en Ecuador?*

Yo veo que ahí va a haber una gran dificultad, particularmente cuando tenemos un código sustantivo que habla de autoría y complicidad y encubrimiento actualmente, pero en este tipo de circunstancias cuando estamos a puertas del Código Orgánico Integral Penal se ha suprimido el encubrimiento, lo que va a dar, ciertamente un margen para la discusión, de ese grado de participación. Particularmente estimo que eso podría haberse tratado en tema de revisión, sobre los hechos *ex post*, porque al considerarse como un tipo penal autónomo obligaría a que la discusión sobre la participación penal en el actual grado de encubrimiento amerite otro procesamiento penal.

i) *¿Cree usted que la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es una herramienta válida para judicializar los casos investigados por la Comisión de la Verdad en Ecuador?*

Es válida, aun cuando no es la única opción, lo que sucede es que, tratándose de un instrumento jurídico, entendería yo que obliga al juzgador a realizar un mayor esfuerzo de argumentación jurídica para sostener una decisión.

j) *¿Considera usted que existen otras herramientas doctrinarias que podrían ser utilizadas en lugar de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados?*

En general, sí, son propuestas que vienen de la misma Alemania, como la instigación y otras fórmulas. Lo importante más allá de la base doctrinal que puede existir me parece a mí que lo fuerte está dado en la decisión judicial, porque al final el juez tendrá que tomar una corriente u otra para dar una solución al caso concreto que satisfaga la necesidad de justicia.

### 3. Entrevista a Juan Pablo Albán Alencastro

*Fecha:* jueves 30 de enero de 2014

*Cargo:* director de la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad San Francisco de Quito. Representa en calidad de acusador particular a las víctimas dentro del proceso Susana Valeria Cajas Lara y Luis Alberto Vaca Jácome –Proceso 1329-2013 Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

a) *¿Me podría indicar su experiencia en materia de derecho penal?*

Como abogado especialista en derechos humanos, una de las herramientas más importantes que de manera permanente empleo en mi trabajo es de derecho penal. Ya en términos de mi carrera, desde el pregrado, tuve un interés particular en el derecho

penal; cuando me había graduado dirigí el área penal del consultorio jurídico gratuito del Pontificia Universidad Católica del Ecuador, he trabajado casos en distintos países de la región latinoamericana en que se persigue crímenes internacionales y obviamente esto implica la necesidad de manejar, no solo los conceptos de derecho internacional sino del derecho penal, y actualmente soy, entre otras cosas, profesor de derecho penal en la Universidad San Francisco de Quito.

b) *¿Conoce usted los parámetros de autoría descritos en el art. 42 del Código Penal del Ecuador?*

Así es, conozco.

c) *¿Conoce usted la investigación realizada por la Comisión de la Verdad del Ecuador?*

Estoy muy familiarizado con la investigación adelantada y con el informe final emitido por la comisión.

d) *¿Considera usted, que los parámetros de imputación de autoría descritos en el art. 42 del Código Penal son suficientes para juzgar los casos investigados por la Comisión de la Verdad?*

Yo pensaría que no, porque, en general, en los procesos de macrocriminalidad política no podemos encontrar una casuística que, aunque es bastante amplia en cuanto a catálogo en el art. 42, es bastante limitada en cuanto a características. Normalmente los procesos macrocriminales se cometen por medio de aparatos organizados de poder, empresas criminales del mismo Estado y, en este sentido, yo creo que la responsabilidad particularmente de los autores de escritorio, justamente de los autores mediatos podría perderse, porque el autor mediato que no está llamado así en el art. 42 de nuestro Código, pero si pudiéramos identificar alguno, es aquel que valiéndose de un medio coactivo fuerza al autor material a cometer el hecho y en el cometimiento de crímenes contra los derechos humanos no siempre vemos ese factor coactivo y, sin embargo, la responsabilidad del autor de escritorio es probablemente la responsabilidad más importante de determinar.

e) *¿Conoce usted la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados de Claus Roxin?*

Estoy familiarizado porque ha sido el fundamento de varios procesos penales internacionales desde los juicios de Núremberg y de Tokio, se ha ampliado la figura para poder endilgar responsabilidad a determinadas personas justamente cuando no se tiene a los autores materiales del hecho. Más allá de las investigaciones de Roxin hay investigaciones muy interesantes ya específicamente sobre crímenes internacionales y autoría mediata desarrolladas por Kai Ambos que sirvieron de base para adelantar, por ejemplo, el proceso contra Fujimori en Perú por los casos de La Cantuta y Barrios Altos.

f) *¿Cuál es su opinión jurídica sobre la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad?*

Pienso que, para establecer la responsabilidad de ciertas personas, es el mecanismo idóneo. Yo, en lo personal, aunque probablemente en ciertos aspectos simpatizo más



con el finalismo, creo que ciertos planteamientos funcionalistas, este en particular, son planteamientos apropiados para poder construir una teoría de responsabilidad en circunstancias en que ordinariamente no atribuiríamos responsabilidad de determinadas personas.

- g) *¿Tomando como partida la Constitución de 2008 considera usted que la aplicación de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad es constitucional en Ecuador?*

Creo que es discutible, el hecho mismo que en términos legislativos, por la antigüedad de nuestro código principalmente, porque esta teoría es mucho más nueva, que nuestra legislación penal adoptada en 1938, que mantiene más o menos la misma estructura a esta altura. Pienso que podríamos recibir una crítica en el evento que pretendamos utilizar la figura, de que la legislación no la ha previsto siendo el principio de legalidad la piedra angular del derecho penal obviamente las formas de atribución de la responsabilidad, no solo la descripción típica de las conductas, sino también otros aspectos sustantivos del derecho penal tendrían que estar claramente definidos en nuestra legislación, entonces creo que es discutible. Sin embargo, cuando se trata de crímenes contra los derechos humanos, en general de crímenes internacionales, pienso que la propia Constitución nos abre la puerta, al dejarnos tomar mano de los estándares internacionales a aplicar un estándar distinto, entonces creo que, si bien, en términos de garantías de derechos la Constitución, tal vez, podría fijarnos un límite a emplear la figura de la autoría mediata en este tipo de casos, al tiempo también nos faculta a emplear el estándar internacional y el estándar internacional es justamente eso.

- h) *¿Tomando como partida la legislación penal adjetiva y sustantiva del Ecuador, considera usted que la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad es legal en Ecuador?*

Como explicaba yo, digamos aquí no afirmaría de manera categórica que está confrontada al principio de legalidad. ¿Por qué? Porque cuando de crímenes internacionales se trata, de crímenes contra los derechos humanos se trata, el principio de legalidad no puede entenderse como el enunciado original de Foierbag de *nullum crimen sine lege* previa scripta sino que tiene que entenderse *como nullum crime sine norma*; es decir, si existe de algún modo una norma en el derecho internacional que permita emplear determinada figura o atribuir determinada conducta a una persona, tendríamos que emplearla, no se trata de una tipificación de conductas descrita, ni se trata de una determinación taxativa de ciertos aspectos sustantivos como la atribución de autoría en la ley. Se trata de que exista un estándar previo y ese estándar previo sí existe en el derecho internacional. Creo que no hay confrontación.

- i) *¿Cree usted que la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es una herramienta válida para judicializar los casos investigados por la Comisión de la Verdad en Ecuador?*

Definitivamente, porque es altamente improbable que podamos hacernos de la evidencia suficiente como para atribuir responsabilidad a los ejecutores directos. Entonces,

a medida que se van identificando estructuras de hecho, todo el Tomo II de la Comisión de la Verdad está orientado justamente a eso, a identificar las estructuras mediante las cuales se cometían los delitos. Podemos ir a establecer la responsabilidad de los oficiales a cargo, de quienes impartieron las órdenes, de las autoridades civiles que tenían conocimiento y no impidieron, y esos son autores mediatos claramente.

j) *¿Considera usted que existen otras herramientas doctrinarias que podrían ser utilizadas en lugar de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados?*

Tomando en cuenta la naturaleza de los crímenes que fueron investigados por la Comisión de la Verdad, pensaría que no, que la solución más apropiada es utilizar la autoría mediata.

## 4. Correo electrónico de Hernán Hormazábal Malarée

*Cargo:* docente de la Maestría en derecho Penal de la Universidad Andina Simón Bolívar –Proyecto Prometeo– 2013.

*Nota:* El profesor Hormazábal respondió de forma general y vía correo electrónico las preguntas presentadas. Para efectos de la presente referencia, la cuenta de correo electrónico ha sido modificada –xxx@movistar.es–, por cuanto no se ha recibido autorización alguna para su divulgación pública. Su respuesta se copia textualmente a continuación:

Estimado Andrés Arellano:

Voy a contestar de forma global. De mis respuestas, saque Ud. sus propias conclusiones sobre cada una de las preguntas en particular. Como Ud. Sabe, Claus Roxin, antiguo catedrático de Derecho Penal de la Ludwig Maximilian Universität de München, es un prestigioso penalista que se destacó en los tempranos años 60 por haber polemizado con los penalistas que adherían a las propuestas de Hans Welzel. En el año 1963, publicó libro *Täterschaft und Tatherrschaft* que lleva ya ocho ediciones (la 6ª edición la tradujo al castellano mi compañero Cuello Contreras con el nombre de *Autoría y dominio del hecho*). Cada una de estas ediciones la ha ido enriqueciendo el autor con nuevos aportes. En esta obra, Roxin expone lo que hoy se conoce como «teoría del dominio del hecho» o «teoría funcional del dominio del hecho» que él elabora a fin de precisar el sentido y alcance del parágrafo 25 del Código Penal alemán que tiene exactamente dos líneas y que traduzco para Ud.: «Autoría. 1. Será castigado como autor el que ejecuta el hecho por sí mismo o a través de otro. 2. Si conjuntamente más de uno ejecuta el hecho, entonces cada uno será castigado como autor (coautor)».

Como puede Ud. Apreciar, la brevedad y precisión del precepto deja abiertas muchas posibilidades de interpretación. En estas circunstancias, él ela-

bora su llamada teoría del dominio del hecho que, si lo pensamos bien, no nos da un concepto material de autor sino que simplemente propone una fórmula de trabajo para establecer quienes pueden ser considerados autores en el sentido del parágrafo 25 del Código Penal alemán. Es una fórmula sin duda rica y con muchas posibilidades, pero que, como digo, pensada para el Código Penal alemán, si bien es cierto que puede extrapolarse a otros códigos si ofrecen las mismas dificultades de interpretación.

Ahora bien, como los jueces ecuatorianos no pueden aplicar el Código Penal alemán sino que tienen que aplicar el Código Penal ecuatoriano, Ud. y los jueces ecuatorianos tienen que examinar el art. 42 de este código. Si Ud. conoce la tesis de Roxin, comprobará que el que redactó el art. 42 lo hizo, con mayor o menor fortuna, teniendo presente esa tesis, que, en su contenido, se plasma esa teoría. Esto es algo que debe Ud. tener presente. Ud. y los jueces ecuatorianos no deben jugar con la teoría del dominio del hecho, sino lisa y llanamente aplicar el art. 42 del Código Penal ecuatoriano. Basta con aplicar ese artículo. En estas circunstancias, Ud. convendrá conmigo que citar a Roxin en una sentencia es puro papanatismo. Otra cosa es que en un trabajo universitario dedicado a la autoría en Ecuador necesariamente, al hacer referencia al art. 42, tenga que explicar la teoría de Roxin del dominio del hecho, pues esa es la fuente de ese artículo.

A partir de lo dicho, se contestan solas las preguntas que Ud. hace. Su pregunta sobre la compatibilidad de la teoría del dominio del hecho con la Constitución formulada correctamente tendría que ser sobre la compatibilidad del art. 42 del Código penal con la Constitución.

En estas circunstancias y teniendo en cuenta lo anterior y que sobre la teoría del dominio del hecho se han escrito cientos de monografías que Ud., si quiere hacer un trabajo serio, tendrá que consultar, sin perjuicio de que necesariamente tendrá que leer la obra de Roxin, yo enfocaría el tema desde la perspectiva del art. 42 y su capacidad para comprender a los autores intelectuales de las violaciones de derechos humanos establecidas por la Comisión de la Verdad. Comente lo anterior con su director de tesis que a lo mejor tiene otro punto de vista.

Cordialmente,

Prof. Dr. Hernán Hormazábal Malarée  
Catedrático de Derecho Penal (España)

# **Universidad Andina Simón Bolívar**

## **Sede Ecuador**

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

# Últimos títulos de la Serie Magíster

## Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

- 211** Boris Hernández, SUMARIO ADMINISTRATIVO Y DEBIDO PROCESO
- 212** Verónica Juna, CÓMO MEJORAR EL ECOSISTEMA EMPRENDEDOR EN QUITO
- 213** Israel Celi, NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR: ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?
- 214** Diana Ferro, «NEOARTESANÍA» QUITENA: UNA PROPUESTA SUSTENTABLE. Identidad cultural e innovación frente al mito del crecimiento
- 215** Santiago Estrella, MIRADAS A LA IDENTIDAD NACIONAL EN EL FILME *QUÉ TAN LEJOS*
- 216** José Chalco Salgado, PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
- 217** Juan Francisco Guerrero del Pozo, EL AGOTAMIENTO DE RECURSOS PREVIO A LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN ¿Un presupuesto material o procesal?
- 218** Julia Ortega, LOLITA: CRIATURA FANTASMÁTICA. La adaptación del libro de Vladimir Nabokov al cine.
- 219** Jorge Touma, EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO: Entre la eficacia judicial y el derecho a la autoinculpación
- 220** Hugo Palacios, ARTE EN EL TRANSPORTE PÚBLICO DE QUITO
- 221** Juan Carlos Mena Serrano, EL ARTE DEL CÓMIC EN ECUADOR
- 222** Saudia Levoyer, LOS HURACANES QUE ARRASARON EL SISTEMA DE INTELIGENCIA
- 223** Wilmer Miranda, LOS PARADIGMAS DE LA DISCAPACIDAD EN LAS POLÍTICAS ESTATALES Y EN EXPERIENCIAS CULTURALES
- 224** Elsa Guerra Rodríguez, LA MUJER COMO FIN EN SÍ MISMA: Desentrañando las implicancias del aborto clandestino en Ecuador.
- 225** Andrés Salazar, LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN APARATOS DE PODER ORGANIZADOS: Comisión de la Verdad del Ecuador 2010

Esta obra analiza la factibilidad práctica de la aplicación de la institución jurídica denominada «autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados», desarrollada por la doctrina alemana de la mano del profesor Claus Roxin, como criterio válido para determinar los parámetros de imputación de autoría del hombre de detrás en los casos investigados por la Comisión de la Verdad del Ecuador de 2010.

En el primer capítulo se realiza un análisis doctrinal de los parámetros de autoría y participación en los delitos comunes, a la luz de la teoría del dominio del hecho, y su clara diferenciación con el tratamiento de los delitos especiales. El segundo capítulo estudia la adopción de la teoría de dominio del hecho en la legislación ecuatoriana, su relación con la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados y su correspondencia con los delitos investigados por la Comisión de la Verdad del Ecuador de 2010. Mientras que en el tercer capítulo se relacionan las dos instancias anteriores –doctrina y legislación ecuatoriana– con el tratamiento jurídico –desde la autoría y participación– del primer caso de lesa humanidad instrumentado en las cortes de justicia ecuatorianas.



*Andrés Salazar Arellano (Riobamba, 1984) es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador (2009) por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito; Especialista Superior (2012) y Magister en Derecho Penal (2015) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (UASB-E); Máster en Derecho Penal Económico Internacional (2015) por la Universidad de Granada-Instituto de Altos Estudios Universitarios. Ha laborado para la Contraloría General del Estado y la Corte Nacional de Justicia. Se ha desempeñado como profesor titular de pregrado en la Universidad Internacional del Ecuador y como profesor invitado en el Programa de Maestría en Derecho Penal de la UASB-E.*

